Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung.

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Karl Schernowsky,

Gerichts-Referendar.

Bonn 1901.

Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rh.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0067

Litteratur.

1. Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. (I. Band 3. Aufl.)
2. Dernburg: Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. II. Bd. (1. u. 2. Aufl.)
3. Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. 43 Jg.)
4. Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess, herausgegeben von Fischer. IV. Bd.)
5. Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 2. Teil. (3. u. 4. Aufl.)
6. Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch.
7. Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung. (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. 44. Jg.)
8. Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonsigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.
9. Heilfron: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
10. Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess, herausgegeben vou Fischer. II. Bd.)

11. Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich (ebenda.)
12. v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
13. Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. (4. Aufl.)
14. Mommsen: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse.
15. Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.
16. Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Erläutert.
17. Planck: Kommentar zum B. G. B.
18. Scherer: B. G. B. mit Anmerkungen.
19. Schollmeyer: Reht der Schuldverhältnisse. Erläutert.
20. Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
21. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
22. Staudinger: Kommentar zum B. G. B.
23. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. (8. Aufl., bearbeitet von Kipp.)

Einleitung.

Das Recht der Schuldverhältnisse, welches im zweiten Buche des Bürgerlichen Gesetzbuches dargestellt ist, zerfällt in einen allgemeinen Teil (§§ 241 bis 432) und einen speziellen Teil (§§ 433 bis 853). In dem allgemeinen Teile schickt das Gesetz in Ansehung solcher Rechtsverhältnisse, die bei jeder Obligation von Bedeutung werden können, wie insbesondere über Verzug, Unmöglichkeit der Leistung und Rücktritt allgemeine Bestimmungen voraus, die, weil sie allgemeine sind, im Zweifel auf alle ins Leben tretende Schuldverhältnisse Anwendung finden sollen. Trotz dieser allgemeinen Normierung zeigen sich aber in dem speziellen Teile bei Kauf, Miete, Schenkung, Dienstvertrag, Werkvertrag u. s. w. für dieselben bereits im allgemeinen Teile geregelten Verhältnisse noch besondere Vorschriften. Seine Erklärung findet dies darin, dass die allgemeinen Bestimmungen zur Erreichung des Zweckes das aufzuführen, was möglichst allen Schuldverhältnissen gemeinsam ist, einen von den Eigenarten des einzelnen Falles nicht beeinflussten abstrakten Charakter tragen. Dass aber diese Eigenarten bei der rechtlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, ist eine Forderung, die in der Natur der Dinge ihre Rechtfertigung findet. Das Gesetz wird ihr gerecht durch die Satzung der speciellen Normen. Mit Geltung nur für das vorliegende konkrete Schuldverhältnis sind sie in der Lage, den Besonderheiten desselben in vollem Umfange Rechnung zu tragen.

So ergiebt sich denn, dass sich im Obligationenrecht des B. G. B. zwei Gruppen von Bestimmungen, die dasselbe behandeln, vorfinden, allgemeine, im allgemeinen Teile stehende, und spezielle, im speziellen Teile stehende. Ist es nun schon vom theoretischen Standpunkte aus nicht uninteressant, dadurch dass man beide Normengruppen einander gegenüberstellt, die Abweichungen in der rechtlichen Gestaltung hervorzuheben und den Grund dieser abweichenden Normierung zu erforschen, so ist andererseits ein derartiger Vergleich von nicht zu unterschätzendem praktischen Werte insofern, als er über das Verhältnis der einen Normengruppe zur anderen in der praktischen Rechtsanwendung Aufschluss giebt. Ein Beispiel, dem wir aus dem allgemeinen Teile die Lehre vom Verzuge, aus dem speziellen Teile die Lehre von der Miete zu Grunde legen, diene zur Erläuterung. Wir unterstellen, dass der Vermieter mit der Gewährung des vertragsmässigen Gebrauchs der vermieteten Sache in Verzug geraten ist. Alsdann hat der Mieter in Ermangelung besonderer für diesen Fall geltenden Normen bei der Miete die allgemeinen für gegenseitige Verträge bestehenden Rechte, nämlich er kann

a. Erfüllung der Pflichten des Vermieters fordern und daneben unter Umständen gemäss § 286 Ersatz des ihm durch den Verzug entstandenen Schadens.

b. gemäss § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, jedoch regelmässig nur unter der Voraussetzung, dass er dem Vermieter zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des

Vertrages infolge des Verzugs für den Mieter kein Interesse hat. (§ 326 Abs. 2.)

c. Er könnte nach den allgemeinen Regeln ferner unter den sub b bezeichneten Bedingungen den Rücktritt von dem Mietvertrage erklären. Hier aber greift der spezielle Teil mit anderen Regeln ein. Nach § 542 nämlich kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis aufkündigen mit der Massgabe, dass die Kündigung erst zulässig ist, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen.

Das praktische Ergebnis ist also, dass dem Mieter unter Ausscheidung des allgemeinen Rücktrittsrechtes ein einfacheres Kündigungsrecht gegeben wird, welches seine Stellung gegenüber dem Rücktrittsrechte zu einer bedeutend vorteilhafteren macht. Muss nämlich nach der allgemeinen Bestimmung des § 326 der auf das Rücktrittsrecht Anspruch erhebende Teil zugleich mit der Festsetzung der Frist die Erklärung verbinden, er werde die Annahme ablehnen, wenn die Leistung nicht rechtzeitig geschehe, so genügt nach § 542 die blosse Fristsetzung, um die Wirkungen der Kündigung herbeizuführen, und was den hauptsächlichsten Unterschied begründet: im § 326 wird Verzug, der nur vorhanden ist, wenn durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand die Leistung unterbleibt, m. a. W. Verschulden als Erfordernis zur Geltendmachung des Rücktrittsrechtes aufgestellt, im § 542 hingegen mag der Vermieter noch so frei von Verschulden sein, mag er vielleicht gar durch höhere Gewalt an der Erfüllung seiner Vermieterpflichten gehindert sein, das weitgreifende Kündigungsrecht steht dem Mieter jederzeit zu.

Wir sehen: ein kompliziertes Sichergänzen des

allgemeinen und speziellen Teiles. Schwierig ist dabei die Frage, wie und in welchem Umfange diese Ergänzung zu erfolgen hat. Das Gesetz selbst giebt darüber unmittelbar keine Auskunft, sondern überlässt die Lösung einer richtigen, aus seinem Geiste geschöpften Interpretation.

Zur Genüge wird hiermit die Richtung, in der sich die Abhandlung bewegen soll, gekennzeichnet sein.

Was die Gliederung des Stoffes anbetrifft, so wird der allgemeine Teil die Begriffe Unmöglichkeit der Leistung und Mangelhaftigkeit nach den verschiedensten Seiten beleuchten und zwar in der Weise, dass die Mangelhaftigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Fehlerhaftigkeit (§ 1, 2, 3 des allgemeinen Teiles) und des Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft (§ 4 des allgemeinen Teiles) zur Darstellung gelangt. In den §§ 5 bis 6 reihen sich Fragen ebenfalls allgemeiner Natur an, deren Erörterung zum Verständnisse des Themas notwendig ist.

Dem besonderen Teile der Abhandlung bleibt es vorbehalten, die einzelnen Bestimmungen des allgemeinen und speziellen Teiles vergleichsweise nach den im § 7 näher zu bezeichnenden Gesichtspunkten gegenüberzustellen.

Ausser Betracht bleiben

a. selbstverständlich die für Mängel im Rechte geltenden Bestimmungen der §§ 434 bis 445. Das Gesetz scheidet scharf zwischen den Mängeln im Rechte und den Mängeln der Sache, welch letzteren die §§ 459 ff gewidmet sind. Nur diese fallen in den Bereich der Arbeit.

b. Die Regeln, welche für den Verkauf einer Mehrheit von Sachen, sowie für den Viehhandel gegeben sind. Es handelt sich hierbei um Besonderheiten,

c. endlich die Vorschriften des § 480, welche die nur der Gattung nach bestimmten Sachen betreffen. Sie vergleichsweise einzubegreifen, liegt ein praktisches Bedürfnis nicht vor. Soweit es erforderlich erscheint, wird ihrer an der geeigneten Stelle gedacht werden.

Im folgenden wird also nur von individuell bestimmten Einzelsachen die Rede sein.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Auf den ersten Blick mag die Zusammenstellung der Unmöglichkeit mit der Fehlerhaftigkeit Befremden erregen, scheinen doch beide Begriffe nichts mit einander gemein zu haben; dass sie aber in Wirklichkeit sich innigst berühren, ja im Grunde dasselbe bedeuten, lehrt am ehesten ein Beispiel. Jemand verkauft einen Krug; nach Abschluss des Vertrages erhält derselbe einen Sprung. Unzweifelhaft ein Fehler der verkauften Sache. Ist nun auch der Krug seinem Wesen nach noch vorhanden, besteht also nach wie vor die Möglichkeit, den Krug und zwar den individuell bestimmten zu liefern, so kann gleichwohl nicht alles, was geschuldet wird, geliefert werden. Geschuldet wird ein Krug, der sich hinsichtlich der Qualität, der Beschaffenheit in ordnungsmässigem Zustande befindet, geleistet werden kann nur ein fehlerhafter Krug. Dem Verkäufer ist es mithin unmöglich, die geschuldete ordnungsmässige Beschaffenheit oder Qualität, die gleichsam einen qualitativen Teil der Leistung ausmacht, dem Käufer zu gewähren, es liegt m. a. W. teilweise Unmöglichkeit vor (vgl. u. a. Schollmeyer, Anm. zu § 280). Wir nennen sie mit Bezug auf ihren Grund qualitativ teilweise Unmöglichkeit. Und selbst dann, wenn ein reeller Teil der zu liefernden Sache fehlt, ist qualitativ, und nicht etwa quantitativ teilweise Unmöglichkeit anzunehmen, sofern nur nach der

Verkehrsanschauung in dem Fehlen nicht so sehr eine Beeinträchtigung der Quantität als vielmehr der Qualität zu erblicken ist, wie wenn z. B. von dem verkauften Kruge der Henkel in Trümmer gegangen ist.

Dass in dem speziellen Teile des Obligationenrechts der Ausdruck Unmöglichkeit vermieden und statt dessen die Bezeichnung Fehlerhaftigkeit bzw. Mangelhaftigkeit gebraucht wird, findet wohl seine sachgemässe Begründung in der Disposition des Gesetzes. Der allgemeine Teil, in den die Lehre von der Unmöglichkeit eingegliedert ist, trägt die Überschrift: Von der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Die Person des Schuldners, das Subjekt wird also in den Vordergrund geschoben und mit Rücksicht darauf spricht das Gesetz von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Schuldners. Beim Kaufe hingegen erschien es zweckdienlicher, die Kaufsache, das Objekt zum Ausgangspunkt zu nehmen und demgemäss spricht das Gesetz hier von Mängeln der Sache.

Wir fassen das Ergebnis kurz zusammen. Da auf der Fehlerhaftigkeit teilweise Unmöglichkeit beruht, so stehen sich zwei Gruppen von Normen für denselben Gegenstand gegenüber, die allgemeinen und die speziellen in den §§ 459 ff enthaltenen.

§ 2.

Aus dem im vorigen § gefundenen Satze, dass auf Fehlerhaftigkeit qualitativ teilweise Unmöglichkeit beruht, folgt negativ, dass Fehlerhaftigkeit niemals teilweise Unmöglichkeit der Quantität nach (quantitativ teilweise Unmöglichkeit)oder gar totale Unmöglichkeit begründen kann. Fehlerhaftigkeit oder qualitativ teilweise Unmöglichkeit einerseits und quantitativ teilweise oder totale Unmöglichkeit andererseits

treten sich als scharfe Gegensätze gegenüber. Indessen ist zu beachten, dass der Kreis der zu der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit (soweit sie auf Fehlerhaftigkeit zurückzuführen ist) zu rechnenden Fälle kein fest umschriebener ist, die Grenze vielmehr nach den Fällen der quantitativ teilweisen und totalen Unmöglichkeit hin eine sehr unsichere und flüssige ist. Dass bei der Untersuchung dieser Frage, auf die hier kurz einzugehen ist, mehr die thatsächliche als rechtliche Seite die Unterlage bietet, liegt auf der Hand.

Es lassen sich zwei Unterscheidungen machen. Erstens giebt es zweifellose Fälle der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit und entsprechend zweifellose Fälle der quantitativ teilweisen und totalen Unmöglichkeit. Demgegenüber aber kommen zweitens, wie schon angedeutet, Grenzfälle vor, in denen man nicht weiss, ob man qualitativ oder quantitativ teilweise oder totale Unmöglichkeit als vorliegend annehmen soll. Gleichwohl muss sich — das ist der in Frage kommende rechtliche Gesichtspunkt — für das eine oder andere entschieden werden, um die rechtliche Behandlung danach bemessen zu können. Eine richtige Entscheidung aber herbeizuführen, vermag allein eine verständige Würdigung aller begleitenden Thatumstände des einzelnen Falles unter Zugrundelegung der Grundsätze der Verkehrssitte. Und um so sorgfältiger muss die Prüfung geschehen, als die rechtliche Behandlung für die eine und andere Art der Unmöglichkeit eine grundverschiedene ist. Wie ganz anders die qualitativ teilweise Unmöglichkeit beim Kaufe in rechtlicher Hinsicht gestaltet ist als die quantitativ teilweise, für welche nur die allgemeinen, im allgemeinen Teile stehenden Bestimmungen für teilweise Unmöglichkeit in Betracht kommen, wird im besonderen Teile näher zu

zeigen sein. Um die sich von selbst aus der Natur der Sache ergebende abweichende Regelung der totalen von der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit vor Augen zu führen, genügt der eine Hinweis, dass, wenn zur Zeit des Kaufabschlusses totale Unmöglichkeit vorliegt, von Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht die Rede ist, dasselbe vielmehr volle Wirksamkeit hat.

§ 3.

Anschaulich wird das in § 2 berührte Verhältnis der qualitativ zur quantitativ teilweisen und totalen Unmöglichkeit durch folgende Aufstellung:

I. Alle drei Fälle der Unmöglichkeit können darin ihren Grund haben, dass von der Kaufsache ein reeller Teil verloren geht.

1. Setzen wir voraus, dass es sich um eine unteilbare Sache handelt.

a. Alsdann ist, um mit dem Verhältnis der qualitativ teilweisen zur totalen Unmöglichkeit zu beginnen, die Leistung total unmöglich, wenn die Sache in ihrem Wesen eine Veränderung erlitten hat, sonst qualitativ teilweise unmöglich. Verliert beispielsweise die verkaufte Statue den Kopf, so ist eine Statue nicht mehr da, was von ihr übrig geblieben ist, hat gegebenen Falls Wert nur noch als Material. Die Leistung ist total unmöglich geworden. Verliert die Statue hingegen nur einen Finger oder auch eine Hand, so wird darin nur ein Fehler oder qualitativ teilweise Unmöglichkeit zu erblicken sein. Wie aber ist es, wenn ihr etwa beide Beine oder beide Arme zertrümmert werden? Hier wird man unter Umständen Zweifel hegen, ob man sich für totale oder qualitativ teilweise Unmöglichkeit entscheiden soll.

b. Verhältnis der qualitativ zur quantitativ teilweisen Unmöglichkeit.

Von einem verkauften fünfstöckigen Wohnhause wird das oberste Stockwerk durch Brand vernichtet, während die drei unteren Stockwerke nur mässig durch die Löschungsarbeiten beschädigt werden. Qualitativ teilweise unmöglich macht dies die Leistung nicht, denn nach der Verkehrsanschauung wird bei dem Fehlen eines Stockwerkes schwerlich jemand von einem Fehler des Hauses reden. Total unmöglich ist sie gleichfalls nicht, denn drei Stockwerke stehen noch, und diese vermögen für ihren Teil die Funktionen, die ein Wohnhaus zu erfüllen hat, nach wie vor zu erfüllen. Vorhanden ist vielmehr teilweise Unmöglichkeit der Quantität nach. Hätte der Brand nur den Dachstuhl verzehrt, so würde dies zweifellos teilweise Unmöglichkeit der Qualität nach bewirken. In dem Masse nun, in welchem man die Verheerungen als grössere oder kleinere annimmt, nähert und entfernt man sich von dem Grenzpunkte, von dem zu sagen wäre: hier hört die qualitativ teilweise Unmöglichkeit auf, und es beginnt der Bereich der quantitativ teilweisen Unmöglichkeit.

2. Bei teilbaren Sachen wird durch den Verlust eines Teiles wohl niemals ein Fehler oder qualitativ teilweise Unmöglichkeit begründet, sondern wohl stets teilweise Unmöglichkeit der Quantität nach.

II. Fehlt der Sache nicht ein reeller Teil, sondern wird dem äusseren Umfang nach alles, was geschuldet ist, geliefert, z. B. das verkaufte Schloss schliesst nicht, das Haus ist mit Schwamm behaftet, so ergiebt sich von selbst, dass eine Konkurrenz der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit nur mit der totalen, nicht aber mit der quantitativ teilweisen Unmöglichkeit eintreten kann, denn der Quantität nach wird ja alles Geschuldete geleistet.

Im übrigen ist hierbei zweierlei zu unterscheiden.

1. Der geschuldete Gegenstand befindet sich in ordnungsgemässer einheitlicher Masse: die Uhr ist als ganze da, sie geht aber nicht, der Sack Mehl ist im vollen Quantum vorhanden, aber mit Petroleum durchfeuchtet. Auch hier dieselben Grenzfälle wie oben. In dem letzteren Falle z. B. werden leicht Bedenken entstehen, ob man etwa bei intensivem Beigeschmack des Mehles nach Petroleum sich auf die Seite der qualitativ teilweisen oder der totalen Unmöglichkeit stellen soll.

2. Der geschuldete Gegenstand besteht nicht in einheitlicher kompakter Masse, wie es seiner Natur entspräche, sondern wird in mehreren Teilen, welche dem Quantum nach das Ganze ausmachen, angeboten, z.B. von der verkauften Statue Kopf und Rumpf getrennt. Dass bei teilbaren Sachen die mehreren Teile rechtlich, was den Wert angeht, dem Ganzen vollkommen gleichzustellen sind, ist der Teilbarkeit der Sache entsprechend selbstverständlich. Bei unteilbaren Sachen hingegen wird unter der gedachten Voraussetzung bald qualitativ teilweise, bald totale Unmöglichkeit anzunehmen sein. Ob die Verkehrsanschauung für das eine oder andere spricht, bemisst sich nach den unter I. 1 aufgestellten Gesichtspunkten. Um das oben angeführte Beispiel von der Statue, die getrennt nach Kopf und Rumpf geliefert wird, wieder aufzunehmen, so wäre es hier totale Unmöglichkeit, für die man sich zu entscheiden hätte.

§ 4.

Wie auf Fehlerhaftigkeit, so gründet sich auch auf das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft Unmöglichkeit der Leistung. Indessen besteht eine Verschiedenheit. Die Fehlerhaftigkeit, so sahen

wir, hat „stets“ „theilweise“ Unmöglichkeit zur Folge, bei dem Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft lässt sich das Gleiche aber nicht ohne weiteres behaupten. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob die zugesicherte Eigenschaft wesentlich oder unwesentlich ist. Wann das eine oder andere vorliegt, darüber kann eine allgemeine Norm nicht aufgestellt werden, sondern hierüber Bestimmung zu treffen, muss dem einzelnen Falle überlassen bleiben. Erscheint nun auf Grund einer solchen Prüfung die Eigenschaft als unwesentlich, so liegt teilweise Unmöglichkeit der Qualität nach vor, denn die Sache an sich ist vorhanden, sie kann geleistet werden, nicht geleistet werden kann die fragliche geschuldete Eigenschaft, also gleichsam ein qualitativer Teil. Es kauft beispielsweise jemand ein Gemälde, welches ihm, ohne dass er den Namen des Malers kennt, wegen seiner, nach Ansicht des Käufers vorzüglichen künstlerischen Ausführung besonders gefällt. Bei den Verkaufsverhandlungen sichert ihm der Verkäufer fälschlich, mit rechtlicher Wirkung im Sinne des § 459 Abs. 2 zu, der Schöpfer des Werkes sei Lenbach. In diesem Beispiele wird die zugesicherte Eigenschaft als eine unwesentliche aufzufassen sein, sodass in ihrer Ermangelung qualitativ teilweise Unmöglichkeit zu sehen ist.

Ist andererseits die zugesicherte Eigenschaft als eine das Wesen der verkauften Sache beeinflussende zu betrachten, so ist ihr Fehlen Grund zur totalen Unmöglichkeit. Beispiel: Jemand wünscht ein Andenken an Goethe zu besitzen. Ein Dritter verkauft ihm einen noch gut erhaltenen Spazierstock unter der falschen Zusicherung, Goethe sei lange Jahre Träger desselben gewesen. Da der Käufer hier eine Antiquität, aber keinen Spazierstock zum Gebrauche erwerben

will, so ist die zugesicherte Eigenschaft als eine wesentliche anzusehen und demnach die Leistung als total unmögliche zu behandeln.

Die Frage nun, ob auf die aus dem Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft hervorgehende totale Unmöglichkeit ebenso die allgemeinen Grundsätze über Unmöglichkeit Anwendung finden wie auf diejenigen, im vorigen § festgestellten Fälle der totalen Unmöglichkeit, wird in dem besonderen Teile der Abhandlung erledigt werden. Der Aufgabe dieses § ist mit dem Schlusssatze genügt, dass auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft Unmöglichkeit, sei es totale, sei es teilweise, zur Folge hat, und dass sich also auch in dieser Richtung zwei Gruppen von Normen, die allgemeinen und die speziellen der §§ 459 ff gegenüberstehen.

§ 5.

Die Mangelhaftigkeit ist teils behebbar teils unbehebbar. Zweifellos ist die Leistung des Verkäufers unmöglich, wenn der Mangel unbehebbar ist. Es fragt sich nur, ob Unmöglichkeit auch dann anzunehmen ist, wenn der Mangel behebbar ist. Gehen wir von der allgemeinen Unmöglichkeitslehre aus, so steht fest, das da, wo das Gesetz von Unmöglichkeit redet, sie keineswegs in dem Sinne zu verstehen ist, dass die Leistung jetzt unmöglich ist und auch in Zukunft niemals möglich werden könne. Das beweist schon § 308, der eine Unmöglichkeit kennt, die behoben werden kann, das beweist ferner § 325, der bei nachfolgender verschuldeter Unmöglichkeit einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt, der nicht bloss auf eine Entschädigung in Geld, sondern auch auf Wiederherstellung in natura gerichtet ist, ja mit Hilfe der Unmöglichkeitsregeln soll hier gerade die Frage be-

antwortet werden, wem die Wiederherstellung zur Last zu legen ist. [1])

Da sich sonach Unmöglichkeit der Leistung und Behebbarkeit ihrer Ursache nicht ausschliessen, sondern nebeneinander bestehen können, so sind die oben angeführten Unterscheidungsmerkmale als unwesentlich beiseite zu lassen. Wie löst sich aber der Widerspruch, dass eine Leistung, die jetzt unmöglich ist, andererseits aber, vielleicht mit geringer Mühe des Leistungspflichtigen möglich gemacht werden kann, rechtlich gleichwohl als unmögliche zu behandeln ist? Die Antwort ist die: Es kommt darauf an, ob die Unmöglichkeit in einem gewissen kritischen Zeitpunkte besteht. Besteht sie in diesem Zeitpunkte, so bemisst sich die rechtliche Gestaltung nach den Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Leistung, mag auch die Unmöglichkeit zu beseitigen sein, ja kurz nach dem kritischen Zeitpunkte auch wirklich beseitig werden. Umgekehrt: besteht vor dem kritischen Zeitpunkte die Unmöglichkeit, sie wird aber bis zu seinem Eintritte behoben, so können aus der einmal vorhanden gewesenen Unmöglichkeit Rechte nicht hergeleitet werden. [2]) Ein klassisches Beispiel bietet die objektive ursprüngliche Unmöglichkeit. Bei ihr ist der kritische Zeitpunkt der des Vertragschlusses. Sollte selbst nur eine Minute nach Thätigung desselben die Unmöglichkeit nicht mehr vorliegen, es hat keinen Einfluss hemmender Art auf die eingetretenen Wirkungen: die Regeln über objektive ursprüngliche Unmöglichkeit, denen zufolge der Vertrag nichtig ist, kommen unentwegt zur Anwendung.

Aus diesen Erwägungen ergiebt sich, dass man ohne Bedenken in der Mangelhaftigkeit selbst dann

[1]) Vgl. Stammler. a. a. O. S. 110.

[2]) Vgl. indes zu der ganzen Frage insbe ondere Kisch. a. a. O. S. 12, 17.

Unmöglichkeit zu erblicken hat, wenn die Mangelhaftigkeit eine behebbare ist. Geschieht indessen rechtzeitig die Behebung des Mangels, so ist die Leistung eine mögliche, Rechte aus der einmal vorhanden gewesenen Mangelhaftigkeit können alsdann nicht geltend gemacht werden. Voraussetzung ist aber, dass die Änderung rechtzeitig erfolgt, d. h. bis zu dem auch hier massgebenden kritischen Zeitpunkte, bis zu welchem der Käufer sie sich gefallen lassen muss.

Welches ist dieser Zeitpunkt?

§ 459 bestimmt: »Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Verkäufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist u. s. w.,« und im Abs. 2: »Der Verkäufer haftet dafür, dass die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat«.

Der massgebende Zeitpunkt ist hiernach der des Gefahrüberganges. Doch ist folgendes zu berücksichtigen.

Angenommen der Verkäufer will die Sache übergeben, der Käufer entdeckt, bevor er annimmt, einen erheblichen Mangel an ihr und weist sie aus diesem Grunde zurück. Trotzdem hier ein Gefahrübergang nicht stattgefunden hat, wie es streng genommen der § 459 für die Haftung des Verkäufers verlangt, wird dennoch wohl die Interpretation im Sinne des Gesetzes liegen, dass man den Zeitpunkt, in welchem normalerweise, d. h. wenn ein Mangel nicht vorgelegen hätte, die Gefahr übergegangen wäre, in der rechtlichen Behandlung dem Zeitpunkte, in dem sie übergeht, gleichstellt.

Einige gehen noch weiter und stellen die Forderung, dass dem Verkäufer, wenn er sich freiwillig zur Ausbesserung der Sache erbietet, zu diesem Zwecke eine billige Nachfrist gewährt werden müsse, sodass sich alsdann der kritische Zeitpunkt mit dem Ende der Frist decken würde. Cosack, der diesen Standpunkt vertritt, sagt [1]) zur Motivierung: „Während der Käufer die Ausbesserung der mangelhaften Kaufsache vom Verkäufer nicht beanspruchen kann, muss er sie sich gefallen lassen, wenn sie ihm vom Verkäufer aus freien Stücken angeboten wird, und zwar binnen einer Nachfrist, die in gleicher Art zu bestimmen ist, wie die Nachfrist beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich: denn es geht nicht an, dass der Verkäufer, der die Kaufsache in mangelhaftem Zustande liefert, strenger behandelt wird, als der Verkäufer, der sie gar nicht liefert". Führt somit Cosack's Ansicht dazu, den Verkäufer einseitig zu begünstigen, so wäre dagegen nichts einzuwenden, solange nicht der Käufer dadurch in eine nicht zu rechtfertigende nachteilige Lage gedrängt würde. Es ist nicht zu leugnen, dass dieses geschieht, wenn ihm die Gewährung der Nachfrist an den Verkäufer aufgezwungen wird. Unter den Voraussetzungen des § 326, der von dem Lieferungsverzuge handelt, erleidet allerdings der Käufer durch die Gestattung einer angemessenen Frist zur Nachleistung keinerlei Abbruch. Denn erfolgt thatsächlich die Nachleistung, so vermag er neben dieser gemäss § 283 auch den Schaden ersetzt zu verlangen, der ihm durch die verspätete Lieferung entstanden ist. Wie ergeht es aber dem Käufer, der sich eine nachträgliche Ausbesserung der Sache ge-

[1]) a. a. O. S. 444.

fallen lassen muss? Er bekommt die ausgebesserte Sache und sonst nichts, denn es giebt keine Bestimmung, die ihm irgend welchen Anspruch auf Schadensersatz einräumte.

Es erhellt, dass die Stellung des Käufers, der die Sache gar nicht geliefert erhält, eine ganz andere ist, als wenn ihm eine mangelhafte Sache angeboten wird. Auch in anderer Weise zeigt sich dies.

Wir unterstellen, dass der Verkäufer die verkaufte Sache bereits übergeben hat, der Käufer erst nach der Uebergabe den Mangel bemerkt und der hiervon in Kenntnis gesetzte Verkäufer sich sofort zur Ausbesserung innerhalb angemessener Frist erbietet, die sich der Käufer ja gefallen lassen muss. Nicht nur dass während dieser Frist der Käufer die Sache entbehrt, trotzdem sie vielleicht für seine Zwecke auch in mangelhaftem Zustande tauglich wäre und daher die Geltendmachung des Minderungsrechtes seinem Interesse viel eher entspräche, sondern was die Hauptsache ist, er trägt seit der Uebergabe auch die Gefahr der Sache. Geht dieselbe nun zufällig zur Zeit der Ausbesserung in den Räumen des Verkäufers unter, so hat der Käufer das Nachsehen, er bekommt weder die Sache noch auch den gezahlten Kaufpreis zurück. Dass aber ein Gleiches in dem Falle des § 326 nicht eintreffen kann, ergiebt sich von selbst daraus, dass es infolge des Lieferungsverzuges des Verkäufers zur Uebergabe gar nicht gekommen ist und deshalb auch ein Gefahrübergang nicht stattgefunden hat. Die Analogie des § 326 erscheint also in keinem Punkte als zutreffend.

Andere, und zwar die überwiegende Mehrheit der Meinungen, rechtfertigen die Pflicht des Käufers zur Gestattung der Nachbesserung mit den den Kauf vor allen anderen

Schuldverhältnissen beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben. Windscheid-Kipp sagt darüber a. a. O. S. 654: »Kann der Mangel gehoben werden, so ist dem Verkäufer die Beseitigung desselben zu gestatten, falls nicht nach Treu und Glauben der Käufer als nicht verpflichtet anzusehen ist, sich darauf einzulassen«.[1])

Auch diese Begründung halten wir nicht für zutreffend. Setzen wir folgenden Fall. Der Käufer lehnt die Annahme der Sache wegen eines Mangels ab. Der Verkäufer ist sofort bereit, innerhalb angemessener Frist, sagen wir eine Woche, den Mangel zu beheben, was ihm untergebens nach Treu und Glauben trotz des Widerspruchs des Käufers als sein gutes Recht zuzugestehen ist. Nach Ablauf der Woche stellt sich heraus, dass der Verkäufer die Beseitigung des Mangels aus irgend einem Grunde nicht betrieben hat. Welches ist die Lage des Käufers? Er hat mit Sicherheit darauf gerechnet, nach Ablauf der Woche eine mangelfreie Sache zu bekommen, und vielleicht dementsprechende Dispositionen getroffen, indem er etwa die Sache unter Zusicherung der Mangelfreiheit weiterveräusserte. Statt mangelfrei wird ihm aber die Sache in ebenso mangelhaftem Zustande angeboten wie sie ursprünglich war. Nun mag er wandeln oder mindern. Weitergehende Rechte, z. B. auf Schadensersatz kommen ihm wegen der Unterlassung der Ausbesserung nicht zu. Nicht einmal die Ausbesserung selbst vermag er von dem Verkäufer zu erzwingen, obwohl er eine Woche vergeblich darauf hat warten müssen, und obwohl er vielleicht unter den obwaltenden Umständen nunmehr ein berechtigtes Interesse an ihr hat. Einen

[1]) Vgl. ferner u. a. Matthiass a. a. O. S. 498, Standinger, a. a. O. Anm. zu § 462.

diesbezüglichen Anspruch gegenüber dem Verkäufer giebt es für ihn nicht, er hatte nur die Pflicht, die angebotene Nachbesserung zu dulden. Wir glauben, dass dem Käufer eine derartige zweifelhafte Stellung, auch nach Treu und Glauben, nicht zugemutet werden darf. Denn in keinem Fall lässt sich im voraus bestimmen, ob sich der Verkäufer der Herstelluug der Sache auch wirklich unterziehen wird.

Anders ist es natürlich, wenn sich der Käufer von vornherein mit der Ausbesserung einverstanden erklärt. Alsdann handelt es sich um einen neuen, selbständigen Vertrag, der den Käufer in jeder Richtung sichert und ihm insbesondere einen ev. im Wege des Prozesses zu verwirklichenden Anspruch auf Nachbesserung gewährt.

Nehmen wir aber ferner an, der Verkäufer wollte nach erfolgter Uebergabe zur Ausbesserung schreiten, so weisen wir der gegnerischen Auffassung gegenüber auf die oben geschilderten mit dem Gefahrübergang zusammenhängenden Unzuträglichkeiten hin, die dem Käufer erwachsen, sofern die Nachbesserung in den Räumen des Verkäufers zu geschehen hat. Sollte diese aber in den Räumen des Käufers vor sich gehen, so würde ein Eingriff in die inneren, häuslichen Verhältnisse desselben in Frage kommen, den er sich — immer seinen Widerspruch vorausgesetzt — unter keinen Umständen gefallen zu lassen braucht.

Auf Grund dessen lehnen wir allgemein die Regel, derzufolge der Käufer dem Verkäufer innerhalb angemessener Frist die Nachbesserung zu gestatten hat, ab.[1] In strenger Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes lassen wir daher als kritischen Zeitpunkt

[1] Ebenso u. a. Endemann a. Oa. . S. 724, ohne Angabe von Gründen.

den des Gefahrübergangs bzw. denjenigen gelten, in dem normalerweise die Gefahr übergehen würde.

§ 6.

Nach der allgemeinen Lehre wird die ursprüngliche, d. h. die schon zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses bestehende Unmöglichkeit verschieden behandelt, je nachdem sie eine objektive oder subjektive ist. Subjektiv ist sie, wenn nur der Schuldner, nicht aber andere, objektiv, wenn jedermann die Leistung zu machen ausserstande ist. [1]) Diese Art der Unterscheidung, und dass bedarf noch besonderer Rechtfertigung, lässt sich auf die durch Mangelhaftigkeit hervorgerufene Unmöglichkeit nicht anwenden. Sie ist immer eine objektive. Denn weil und solange die Sache sich in mangelhaftem Zustande befindet, ist nicht nur nicht der Verkäufer, sondern auch jeder Dritte nicht in der Lage, sie ganz zu liefern. Zu sagen, der Verkäufer könne mit der mangelhaften Sache den einen Teil der Leistung machen, ein anderer aber den fehlenden qualitativen Teil, ist unsinnig. Anders steht es mit der quantitativ teilweisen Unmöglichkeit. Ist beispielsweise ein Viergespann verkauft, von dem der Verkäufer das eine Pferd nachträglich weiter veräussert, so wird ihm die Leistung subjektiv teilweise unmöglich, da er nur drei Pferde besitzt, der dritte Käufer aber das fehlende vierte Pferd liefern kann. Will man jedoch objektive Unmöglichkeit annehmen, wenn der Mangel von niemand, subjektive, wenn er zwar nicht vom Verkäufer, wohl aber von anderen zu beseitigen ist, so bleibt nichts übrig als den Fall, wo der Verkäufer den Mangel selbst beheben

[1]) Vgl. u. a. Neumann, Anm. zu § 275.

kann, gar nicht als Unmöglichkeit zu bezeichnen und doch liegt diese vor, so lange die Behebung nicht geschehen ist. Zudem übersieht man bei solcher Konstruktion, dass die Obligation die Sache, nicht aber die Ausbesserung derselben zum Gegenstande hat. [1]) Träfe letzteres zu, so stände nichts im Wege, es objektive Unmöglichkeit zu nennen, wenn die Ausbesserung von niemand, subjektive, wenn sie zwar nicht vom Verkäufer, wohl aber von Dritten bewirkt werden könnte, und vermöchte der Verkäufer sie selbst vorzunehmen, so läge Unmöglichkeit überhaupt nicht vor. Da indessen von einer Verpflichtung des Verkäufers zur Ausbesserung der Kaufsache als Inhalt der von ihm zu machenden Leistung nicht die Rede ist, so wird bei Durchführung des Vergleiches auch nur die objektive Unmöglichkeit des allgemeinen Teiles zu berücksichtigen sein.

§ 7.

Den Kern der in den vorstehenden §§ angestellten Untersuchungen bildet der Satz, dass Mangelhaftigkeit Unmöglichkeit begründet, teils teilweise, teils totale, und dass demnach zwei Gruppen von Normen über denselben Gegenstand sich gegenüberstehen: die allgemeinen und die speziellen der §§ 459 ff.

In dem nachfolgenden besonderen Teile der Abhandlung sollen nun die allgemeinen Bestimmungen mit den speziellen im einzelnen verglichen, die Gleichheiten, Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten hervorgehoben werden. Ausserdem aber werden — das ist die praktische Seite der Untersuchung — folgende Fragen Beantwortung finden:

1. Will das Gesetz in den §§ 459 ff eine aus-

[1]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 15, welcher allgemein von einem Anspruch des Käufers auf Erfüllung, also Nachbesserung spricht.

schliessliche Normierung der auf Mangelhaftigkeit beruhenden Unmöglichkeit geben in dem Sinne, dass die allgemeinen Bestimmungen unter keinen Umständen zur Anwendung gelangen dürfen? oder

2. Können beide Gruppen von Normen wahlweise nebeneinander gebraucht werden? und schliesslich

3. Sind, wenn man auch von der Anschauung ausgeht, dass die speziellen Normen die in erster Linie massgebenden sind, nicht die allgemeinen wenigstens zur Ergänzung von Lücken, die die speziellen offenlassen, heranzuziehen?

Was die Anordnung des Stoffes anbetrifft, so wird wiederum wie in den §§ 1 bis 3 die Fehlerhaftigkeit getrennt von dem Falle des Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft behandelt werden, indem ersterer der zweite, letzterem der dritte Abschnitt des besonderen Teils gewidmet ist. In dem ersten Abschnitt sollen in aller Kürze die in Betracht kommenden Regeln der Mängellehre des Kaufes vorangeschickt werden, um sie in der Darstellung als bekannt voraussetzen zu können.

Der vierte Abschnitt endlich wird die nach dem Gefahrübergang eintretende Mangelhaftigkeit zum Gegenstand haben.

Besonderer Teil.

1. Abschnitt.

§ 8.

Abgesehen davon, dass wenn schon zur Zeit des Kaufabschlusses der verkauften Sache ein Mangel anhaftet, der Verkäufer ihn aber arglistigerweise verschweigt, oder zu dieser Zeit eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, dem Käufer gemäss § 463 ein Anspruch auf Schadensersatz eingeräumt ist, stehen ihm wegen eines Mangels der Kaufsache zwei Rechte zu: Er kann Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Als Ansprüche, zwischen denen ihm nach freiem Belieben zu wählen gestattet ist, sind diese Rechte, da gemäss § 456 die Wandelung oder Minderung vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt, auf die Einwilligung des Verkäufers gerichtet, so dass die Wandelung oder Minderung durch einen zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossenen Vertrag bewirkt wird. Es gelangen demgemäss auch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 145 ff über den Vertrag zur Anwendung, insbesondere was die Stellung, die Bindung und den Widerruf des Antrags anbetrifft. Diese unsere Auffassung wird u. a. vertreten bei Planck, Staudinger, Oertmann, Fischer - Henle, Scherer[1]), Matthiass [2]), während einige zwar auch nicht die Vertragsnatur der Wandelung und Minderung leugnen,

[1]) Ueberall Anm. zu § 465.

[2]) A. a. O. S. 498.

gleichwohl aber aus praktischen Gründen nicht alle aus der Vertragskonstruktion sich ergebenden Folgerungen, wie die Anwendung der §§ 145 ff schlechthin, für zulässig erachten. [1])

Mit dem Abschluss des Wandelungs- bzw. Minderungsvertrags ist die vom Käufer getroffene Wahl unwiderruflich geworden. In dieser Hinsicht steht der aussergerichtlichen Einwilligung die rechtskräftige Verurteilung des Verkäufers gleich, denn § 894 Z. P. O. bestimmt, dass, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, die Erklärung als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Auf Antrag wird sich hiermit regelmässig die Verurteilung des Verkäufers in die Folgen der Wandelung bzw. Minderung, wie sie in den §§ 467 und 472 näher bezeichnet sind, verbinden lassen. [2])

---

[1]) Vgl. hierüber Dernburg a. a. O. S. 59, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 659, auch Eccius und demgegenüber Flechtheim a. a. O.

[2]) So Flechtheim a. a. O. und Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, vgl. ferner Staudinger, Anm. zu § 465, andererseits u. a. Fischer-Henle, Anm. zu § 465 und Matthiass a. a. O. S. 499, nach denen der Käufer, falls Verkäufer sich nicht gutwillig auf Wandelung oder Minderung einlässt, nicht erst auf dessen Einverständnis zu klagen braucht, sondern die Klage von vornherein auf die Ansprüche aus §§ 467, 472 richten kann. Nach ihnen „vollziehen sich also Wandelung und Minderung nicht nur durch den Vertrag nach § 465, sondern auch durch Klage und Einrede, die den Anspruch auf Rückleistung zur Geltung bringen. In letzterem Falle kann der Käufer seine Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung bez. bis zur Erklärung des Einverständnisses durch den Verkäufer ändern." (Matthiass a. a. O. S. 500.)

Auf die Wandelung finden nach § 467 die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung, jedoch mit drei Ausnahmen: Zunächst wird, während das Rücktrittsrecht nach § 349 durch eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung des Berechtigten ausgeübt wird, die Wandelung, wie gezeigt, durch Vertrag zur Entstehung gebracht. Sodann ist der § 355, demzufolge dem Berechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung des Rücktrittsrechtes eine angemessene Frist gesetzt werden kann, falls eine solche nicht vereinbart war, dahin abgeändert, dass der Verkäufer dem Käufer unter dem Erbieten zur Wandelung eine Ausschlussfrist erst bestimmen darf, nachdem letzterer ihm gegenüber einen Mangel der Sache behauptet hat. Ist endlich nach der allgemeinen Vorschrift des § 352 der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, so kann unter der gleichen Voraussetzung der Anspruch auf Wandelung immer noch geltend gemacht werden, wenn nur der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache bemerkbar gemacht hat. Die Minderung anderseits bezweckt, den Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

Bezüglich der Beweislast hat der Käufer stets die Fehlerhaftigkeit zu beweisen, er mag die Sache als Erfüllung angenommen haben oder nicht, dies ergiebt sich aus der negativen Fassung des ersten Absatzes des § 459, während, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, der Käufer deren Nichtvorhandensein nur darzuthun hat, wenn er als Erfüllung angenommen

hat, sonst hingegen der Verkäufer beweispflichtig ist. [1])

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung unterliegen einer besonders kurz bemessenen Verjährungsfrist, welche bei beweglichen Sachen sechs Wochen von der Ablieferung, bei unbeweglichen ein Jahr von der Uebergabe an beträgt. Ist innerhalb der Verjährungsfrist eine Anzeige des Mangels an den Verkäufer abgesendet worden, so können die Ansprüche selbst nach Ablauf der Frist, wenn auch nicht klagweise, so doch einredeweise geltend gemacht werden, und zwar ohne dass die Einrede von nun an einer Verjährung unterworfen ist. Das Gleiche gilt, wenn eine andere der im § 478 aufgezählten Handlungen vorgenommen wird, nämlich der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigem Rechtsstreit dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

Wie durch Verjährung geht der Käufer seiner Rechte auch dann verlustig, wenn er, obschon er den Mangel kennt, die Sache annimmt, ohne zugleich seine Rechte wegen des Mangels sich vorzubehalten. (§ 464.)

Kommen somit wegen der auf Mangelhaftigkeit beruhenden Unmöglichkeit beim Kaufe hauptsächlich nur die beiden Rechte auf Wandelung und Minderung in Betracht, so bietet sich, wenn man die allgemeine Lehre von der Unmöglichkeit überblickt, gegenüber dieser knappen, einfachen Gestaltung eine mannigfaltige

[1]) Vgl. Cosack, a. a. O. S. 445. Die herrschende Lehre erachtet demgegenüber den Käufer nach Massgabe des § 363 nur als beweispflichtig, wenn er die Kaufsache als Erfüllung angenommen hat. Vgl. u. a. Dernburg a. a. O. II. 2 S. 56, Matthiass a. a. O. S. 507.

Fülle von Rechten und Rechtsfolgen dar, die sich an die Voraussetzung der Unmöglichkeit knüpfen. Seinen Grund hat dies darin, dass bei der allgemeinen Unmöglichkeitslehre die rechtliche Behandlung von den verschiedensten Unterscheidungen abhängig gemacht wird. Nicht nur wird zwischen der ursprünglichen und nachfolgenden, d. h. der nach der Begründung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit, unterschieden, sondern bei der letzteren wiederum, ob sie durch einen Umstand entstanden ist, den der Schuldner zu vertreten hat („nachfolgende verschuldete Unmöglichkeit") oder nicht („nachfolgende unverschuldete Unmöglichkeit"); endlich ist ihre Objektivität oder Subjektivität von Einfluss. Auf diese Scheidungen ist beim Kaufe bezüglich der aus Mangelhaftigkeit hervorgehenden Unmöglichkeit kein Gewicht gelegt worden, obwohl sie unter derEinschränkung, dass die Unmöglichkeit stets eine objektive ist, in der Theorie auch hier gemacht werden können. Es liegt daher nichts im Wege, für die Darstellung die allgemeinen Unterscheidungsmerkmale zum Ausgangspunkte zu nehmen, was insofern von Vorteil ist, als alsdann die entsprechenden Fälle der allgemeinen und speziellen Lehre zur besseren Vergleichung zusammengestellt werden können.

Demnach wird der zweite Abschnitt zunächst die ursprüngliche, alsdann die nachfolgende unverschuldete und schliesslich die nachfolgende verschuldete Unmöglichkeit behandeln.

2. Abschnitt.

A.

Ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung.

§. 9.

Mit Bezug auf die zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses bestehende Unmöglichkeit bestimmt § 306, dass ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so greift die Vorschrift des § 139 ein, derzufolge bei Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäftes das ganze Rechtsgeschäft nichitg ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. [1]) Auf den Fall der Unmöglichkeit übertragen, bedeutet dies, dass der ganze Vertrag nichtig ist, wenn die Parteien ihn bei Kenntnis der Sachlage für den möglichen Teil allein nicht abgeschlossen haben würden, anderenfalls aber wenigstens bezüglich des möglichen Teiles der Leistung gültig ist.

Demgegenüber hat die qualitativ teilweise Unmöglichkeit beim Kaufe, man möchte sagen, überhaupt keine Bedeutung in der Richtung, dass sie die Gültigkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages zu beeinträchtigen vermöchte. Vielmehr ist dieser trotz vorhandener ursprünglicher qualitativ teilweiser Unmögkeit unter allen Umständen vollwirksam. Das geht aus der Fassung des § 459 hervor, welcher nur eine

[1]) Vgl. u. a. Neumann, Anm. zu § 306.

Haftung des Verkäufers für die Fehler der Kaufsache kennt, mithin keine aus der Fehlerhaftigkeit folgende ganze oder teilweise Unwirksamkeit des Vertrages. Und ebenso ergiebt sich aus § 462, insbesondere daraus, dass der Kauf rückgängig, also rückwärts zur Aufhebung gebracht werden kann, umgekehrt, dass das Kontraktsverhältnis durch die, wenn auch ursprüngliche Fehlerhaftigkeit in seinem Bestande nicht berührt worden ist.

Diese von der allgemeinen Bestimmung des § 306 grundverschiedene Regelung des Kaufs hat den Satz zur notwendigen Folge, dass neben den Vorschriften des Kaufs über qualitativ teilweise Unmöglichkeit die allgemeinen ohne jede Ausnahme weder wahlweise noch ergänzend eingreifen dürfen: die spezielle Norm schliesst eben ihrer Natur nach die allgemeine aus. [1])

Ferner aber ist klar, dass auch die einzelnen Regeln des allgemeinen und speziellen Teiles mehr oder weniger von einander abweichen müssen. Wir führen sie kurz auf.

Mit eintretender Nichtigkeit ist nach den allgemeinen Unmöglichkeitsgrundsätzen das Kontraktsverhältnis unter Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgehoben, m. a. W., dasselbe als nicht bestehend und als nicht bestanden anzusehen. (Ausnahme § 308). Erhalten bleibt nur ein Ersatzanspruch, den nach § 307 der eine der Kontrahenten hat, wenn der andere bei der Schliessung des Vertrages die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss, es sei denn, dass er sie selbst gekannt hat oder hat kennen müssen. Doch hat der Anspruch nur Ersatz des·

[1]) Vgl. Neumann, Vorb. zu §§ 459 ff., Emerich a. a. O. S. 69

negativen Vertragsinteresses zum Gegenstande oder Ersatz des Schadens, den der Berechtigte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches er an der Gültigkeit des Vertrages hat. Nach Abs. 2 des genannten § finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist.

Beim Kaufe kommt folgendes in Betracht.

Mit Wirkung gegen den Verkäufer bestimmt § 463, dass, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Fehler der Sache arglistig verschwiegen hat, der Käufer statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, und § 460 mit Wirkung gegen den Käufer, dass der Verkäufer einen Fehler der verkauften Sache nicht zu vertreten hat, wenn der Käufer ihn bei dem Abschlusse des Kaufes kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, es müsste sich denn um eine zugesicherte Eigenschaft oder einen arglistig verschwiegenen Fehler handeln. Indessen ist zu bedenken, dass nicht schon deswegen, weil im Zeitpunkte des Vertragsschlusses ein Fehler vorhanden ist, dem Käufer Ansprüche gegeben werden, sondern nur, wenn der Fehler sich auch im Zeitpunkte des Ueberganges der Gefahr auf den Käufer noch vorfindet. Mit Wegfall dieser Bedingung verlieren die Bestimmungen des § 463 ihre Unterlage und praktische Verwertung.

§ 10.

Die im § 9 geschilderte besondere Gestaltung des Kaufes entspricht ganz den eigenartigen Verhält-

nissen dieses Rechtsgeschäftes; sie ist das Erzeugnis einer sorgsamen Prüfung der Bedürfnisse des Verkehrsinteresses.

Dass zunächst Gültigkeit des Vertrages eintritt und nicht wie nach § 306 Nichtigkeit, ist nur natürlich, denn anderenfalls würde, zumal der Kauf das Grundgeschäft des Verkehrs bildet, eine grenzenlose Unsicherheit hervorgerufen werden. Ferner wird zweifelsohne einem Erfordernis des Verkehrsinteresses Rechnung getragen, wenn als massgebender Zeitpunkt für Gewährung von Rechten, die dem Käufer wegen Fehlerhaftigkeit der Sache zuzubilligen sind, nicht der des Kaufabschlusses, sondern der des Gefahrüberganges festgesetzt ist. Denn dem Käufer kann es gleichgültig sein, in welcher Verfassung sich die Sache befindet, solange er sie nicht hat, sofern sie nur bei der Uebergabe von tadelloser Beschaffenheit ist, für den Verkäufer andererseits liegt darin eine Wohlthat, denn er vermag, etwa wenn er nach dem Abschluss des Kaufes von einem Fehler Kenntnis erlangt, denselben zu beseitigen, um seinen Verkäuferpflichten in einwandsfreier Weise nachzukommen. Endlich ist es nicht mehr wie billig, dass der Käufer, der bei dem Kaufabschlusse von dem Fehler weiss, also gleichsam den Kauf der fehlerhaften Sache genehmigt hat, an den Vertrag gebunden wird, ohne Ansprüche wegen des Fehlers geltend machen zu können. Das Gleiche gilt von der Regel, dass der Kenntnis grobfahrlässige Unkenntnis gleichgestellt wird; dass der Käufer sogar Fahrlässigkeit vermeide, kann man von ihm schlechterdings nicht verlangen, dass er aber nicht geradezu die Augen verschliesse, erheischt die im Verkehr von jedem zu beobachtende Sorgfalt. Indessen erfordert es andererseits das Ver-

trauen auf den Mitmenschen, dass man, wenn eine Zusicherung abgegeben ist, dieser Glauben schenkt und daher die grobfahrlässige Unkenntnis nichts schadet, und die Gerechtigkeit, dass bei arglistigem, dem Betruge nahestehendem Benehmen des Verkäufers der grobfahrlässigen Unkenntnis ebenfalls Rechtswirkungen zu ungunsten des Käufers nicht beigelegt werden.

§ 11.

Im § 9 sahen wir, dass die Grundsätze der §§ 306, 307 verschieden sind von den entsprechenden der §§ 459 ff. Dies führt zu der Frage, ob die Stellung des Käufers bzw. des Verkäufers nach Massgabe der letztgenannten Regeln eine günstigere ist, als sie es bei Anwendung der erstbezeichneten sein würde, oder nicht.

Untersuchen wir es an der Hand eines Beispiels.

Jemand verkauft einen Hund, welcher nachweisbar zur Zeit des Kaufabschlusses mit einer unheilbaren Krankheit behaftet ist. Bald nach der Uebergabe, bei der der Käufer Zug um Zug den Kaufpreis entrichtet, geht das Tier ein.

Unzweifelhaft ist in der Krankheit ein Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 zu erblicken, also qualitativ teilweise Unmöglichkeit. Unterstellen wir, die speziellen Normen existierten nicht, sondern die allgemeinen seien allein massgebend, so würde der ganze Vertrag als nichtig zu behandeln sein. Denn unbedenklich darf man wohl annehmen, dass die Parteien bei Kenntnis der Sachlage das Geschäft ohne den nichtigen qualitativen Teil nicht abgeschlossen haben würden, m. a. W. der Kauf würde bezüglich des kranken, einem baldigen Ende verfallenen Tieres nicht zutsande gekommen sein. Damit wären die

beiderseitigen Verpflichtungen rückwärts aufgehoben, und es stände, da der Verkäufer sowohl wie der Käufer bereits geleistet und deshalb nunmehr wegen der Nichtigkeit des Vertrages der eine auf Kosten des anderen ohne rechtlichen Grund etwas erlangt hätte, nach § 812 einem jeden von ihnen gegen den Mitkontrahenten ein Anspruch auf Herausgabe der erlangten Bereicherung zu. Der Käufer müsste demnach den toten Hund, der Verkäufer den Kaufpreis zurückerstatten, jedoch beides unter der Einschränkung, dass der Anspruch hinfällig sein würde, wenn bei Erhebung desselben der in Anspruch Genommene nicht mehr bereichert wäre.

Hätte der Käufer oder Verkäufer indessen die Unmöglichkeit gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt, so würde er nach § 307 dem anderen Teile das negative Vertragsinteresse zu ersetzen haben.

Bei Beurteilung des Falles nach den in Wirklichkeit allein entscheidenden speziellen Normen der §§ 459 ff befremdet die Thatsache, dass der Vertrag trotz der nachweisbar zur Zeit des Kaufes vorhandenen unheilbaren Krankheit des Tieres gültig ist. Die im § 306 befolgte Regelung, wonach Nichtigkeit eintritt, erscheint viel eher sachgemäss und den Rücksichten der Billigkeit entsprechend. Statt dessen ist der Käufer an den gleichsam über ein totes Tier eingegangenen Vertrag gebunden. Jedoch die Stellung des Käufers scheint nur eine unbillige zu sein, in Wahrheit ist er hinlänglich geschützt. Er kann ja den Kauf wandeln (die Minderung kommt wohl schwerlich in Frage), und darauf hat er, wie wir gesehen haben, einen unter Umständen im Wege des Prozesses erzwingbaren Anspruch. Ist aber die Wandelung erfolgt, so ist der Kauf rückwärts zur Aufhebung

gebracht und damit die gleiche Wirkung erzielt wie die nach § 306 ipso jure Platz greifende. Und könnte der Käufer nach diesem § infolge der Nichtigkeit des Vertrags nur die Herausgabe der durch Zahlung des Kaufpreises entstandenen Bereicherung des Verkäufers fordern, d. h., wenn eine Bereicherung nicht mehr vorliegt, gar nichts, so hat er nach den speziellen Normen, da auf die Wandelung die Vorschriften über den Rücktritt entsprechende Anwendung finden, die Rechte aus § 347, wonach unter der Voraussetzung des Rücktritts vom Vertrage eine geleistete Geldsumme von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen ist. Der Verkäufer müsste also den Kaufpreis mit Zinsen zurückerstatten, und gerade in dieser seiner Verpflichtung liegt eine grosse Begünstigung des Käufers gegenüber § 306. Dieser hat auch hier nur den Leichnam herauszugeben.

Hat der Verkäufer die Krankheit des Hundes bei dem Abschlusse des Kaufes gekannt, aber arglistig verschwiegen, so geht nach den speziellen Regeln des Kaufs gegen ihn ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, während nach § 307 — allerdings ohne Rücksichtnahme auf das Moment des arglistigen Verschweigens — nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen wäre oder Herstellung des Zustandes verlangt werden könnte, der bestehen würde, wenn der Vertragsschluss ganz unterblieben wäre. Beim Kaufe hingegen handelt es sich um Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Vertrag in allen Stücken ordnungsgemäss erfüllt worden wäre.

Derselbe Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird dem Käufer gewährt, wenn der Verkäufer im Sinne des § 463 die Abwesenheit der Krank-

heit des Hundes zugesichert hat. Auch im Falle des § 306 lässt sich eine derartige Zusicherung des Nichtvorhandenseins der Unmöglichkeit denken. Der Unterschied ist jedoch, dass beim Kaufe eine einseitige Erklärung des Verkäufers genügt, während in Ansehung des § 306 ein Vertrag notwendig ist. (§ 305) Sodann geht der sowohl hier wie dort aus der Garantieübernahme folgende Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des 306 nur auf Geld (etwas anderes ist nicht möglich, da ja, soweit er eingreift, der Vertrag nichtig ist), nach § 463 andererseits in erster Linie auf Beseitigung des Schadens in natura und erst in zweiter Linie auf Geld. (§ 249)

Aus allem zeigt sich mehr oder weniger das in dem Verkehrsinteresse wurzelnde Bestreben, den Käufer gegenüber §§ 306, 307 zu begünstigen, und zwar auf Kosten des Verkäufers. Das springt um so eher ins Auge, wenn man einen Mangel bzw. Fehler annimmt, der nicht von solcher Stärke ist, wie die unheilbare Krankheit des Hundes. Man denke etwa, dass ein Spiegel mit einem fast unmerklichen Sprunge in einer Ecke verkauft worden ist. Wie weitgehend sind die Rechte des Käufers! Er kann wandeln oder, wenn ihm der Spiegel besonders gut zusagt, den Kaufpreis mindern, und das trotz der Geringfügigkeit des Fehlers, der sich eben als erheblich im Sinne des § 459 erweist.

Freilich in einem Punkte ist die Lage des Käufers im Vergleich zu § 306 eine nachteiligere. Wenn nämlich der Verkäufer den Mangel bei dem Abschlusse des Vertrages kennt, ohne ihn arglistig zu verschweigen, so verschafft dieser Umstand dem Käufer keinerlei Recht, bei Anwendung der §§ 306, 307 indessen würde ihm ein Anspruch auf Ersatz des negativen

Vertragsinteresses erwachsen. Mit Rücksicht auf diesen Fall könnte die Frage praktische Bedeutung gewinnen, ob nicht neben den speziellen Normen die allgemeinen ergänzungsweise heranzuziehen sind, so dass dem Käufer bei Kenntnis des Mangels in der Person des Verkäufers auf grund des § 307 der genannte Schadlensersatzanspruch zuzuerkennen wäre. Dass dies unbedingt abgelehnt werden muss, ist oben des näheren begründet. Es ist vielmehr Absicht, wenn das Gesetz daraus, dass der Verkäufer den Mangel kennt, keine Folgerungen zu ungunsten des Verkäufers und zu gunsten des Käufers zieht. Es hat seinen Grund in der individuellen Eigenart des Kaufes. Der Verkäufer, der bei Kenntnis des Mangels der Ware, die er zum Verkaufe bringen will, jedem Käufer in peinlicher Gewissenhaftigkeit den Mangel offenbaren wollte, würde sittlich hochzuschätzen, aber als Verkäufer übel daran sein. Auf jeden kleinen Mangel aufmerksam zu machen, kann weder Billigkeit noch Gerechtigkeit fordern. Anders ist es ja, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wird, und man darf wohl sagen: Je erheblicher der Mangel ist, den der Verkäufer kennt, aber nicht namhaft macht, desto eher wird arglistiges Verschweigen anzunehmen sein, und umgekehrt.

Bezüglich der dem Verkäufer durch die spezielle Normierung gegenüber §§ 306, 307 gegebenen Stellung sei darauf hingewiesen, dass er insofern scheinbar begünstigt ist, als der Käufer nach § 459 ff trotz der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit an den Vertrag gebunden ist. Eine wie zweifelhafte Gunst dies darstellt, ist mehrfach betont worden. Dass aber, wenn der Käufer den Mangel kennt, dem Verkäufer nach § 307 ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zustehen würde, wird beim Kaufe dadurch

ausgeglichen, dass der Vertrag gültig ist, und dem Käufer unter der gedachten Voraussetzung eine Geltendmachung der ihm sonst wegen des Mangels gewährten Rechte ausgeschlossen ist.

Jedenfalls erfährt durch die spezielle Normierung der Käufer im Vergleich zu §§ 306, 307 eine grosse Bevorzugung gegenüber dem Verkäufer, und diese Bevorzugung ist geboten durch die Rücksichten des Verkehrsinteresses.

§ 12.

Wir sprachen bisher von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung. Im Gegensatz hierzu handelt es sich im Falle des § 468, demzufolge der Verkäufer bei Zusicherung einer bestimmten Grösse des verkauften Grundstücks für die Grösse wie für eine zugesicherte Eigenschaft haftet, gar nicht um Unmöglichkeit, auch nicht um teilweise, da ja das ganze Grundstück geliefert wird, und nur eine falsche Grössenangabe vorliegt. Die Vorschrift des § 468 ist also dahin zu verstehen, dass das Nichtvorhandensein der bestimmten Grösse als Qualitätsmangel nach Massgabe der §§ 459 ff behandelt werden soll. [1])

Gegenüber der oben erörterten qualitativ teilweisen Unmöglichkeit sei sodann noch hervorgehoben, dass auch mit Rücksicht auf den Kauf, sofern quantitativ teilweise Unmöglichkeit in Frage kommt, die allgemeinen Grundsätze der §§ 306, 307 allein und ausschliesslich zur Anwendung zu gelangen haben.

B.

Nachfolgende unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung.

[1]) vgl. Kisch a. a. O. S. 195 Anm. 5.

§ 13.

Stellen wir zunächst die für die nachfolgende teilweise Unmöglichkeit im allgemeinen und die beim Kaufe für die qualitativ teilweise Unmöglichkeit im besonderen gegebenen Regeln vergleichsweise gegenüber. Dabei ist stillschweigend Voraussetzung, dass die Mangelhaftigkeit oder qualitativ teilweise Unmöglichkeit nicht nur nachträglich entstanden ist, sondern auch im dem in § 5 bezeichneten kritischen Zeitpunkte, regelmässig in dem des Ueberganges der Gefahr, noch besteht.

§ 275 lautet: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, s o w e i t die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird." Aus der Wendung „s o w e i t" ist zu entnehmen, dass, wenn nur zum Teil Unmöglichkeit eintritt, die Befreiung des Schuldners von der Leistung sich nur auf den unmöglich gewordenen Teil erstreckt, im übrigen hingegen seine Verpflichtung bestehen bleibt. Welchen Einfluss dieser Umstand auf die Gegenleistung hat, ergiebt § 323 Abs. 1., demzufolge sich dieselbe nach Massgabe des § 472 in dem Verhältnisse mindert, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der g a n z e n Leistung zu dem Werte des möglich gebliebenen T e i l e s gestanden haben würde. Ganz in der gleichen Weise ist beim Kaufe bei qualitativ teilweiser Unmöglichkeit die Minderung des Kaufpreises vorgesehen, sodass der Effekt nach der allgemeinen wie speziellen Norm derselbe ist.

Gleichwohl zeigen sich aber erhebliche Gegensätze. Während nämlich beim Kaufe die Minderung durch einen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer abzuschliessenden Vertrag vollzogen wird, geschieht sie nach

§ 323 ipso jure in dem Augenblick, in dem die Leistung teilweise unmöglich geworden ist, ohne dass es der Erklärung seitens einer Partei bedürfte. Daher kann im Gegensatze zu dem Anspruch auf Minderung aus § 462 von einer Verjährung nicht die Rede sein. Wissen wir nun, dass unter Umständen auch die Einrede der Minderung gemäss § 478 unverjährbar ist, so besteht der Unterschied gegenüber dem aus § 323 Abs. 1 entnommenen Einwand doch darin, dass dort durch die Einrede der Zustand der Minderung erst herbeigeführt wird, dieselbe demnach gleichsam konstitutive Wirkung äussert, andererseits durch den Einwand aus § 323 nur deklaratorisch geltend gemacht wird, was bereits seit dem Eintritte der teilweisen Unmöglichkeit vorhanden gewesen ist. Geht sodann nach § 464 der Käufer seines Rechtes verlustig, wenn er die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt, so gilt dies nicht entsprechend für die Minderung aus § 323, die hier schon von selbst Wirklichkeit geworden ist und deshalb durch nachfolgende Umstände nicht ungeschehen gemacht werden kann. Hat ferner der Käufer, der den Anspruch auf Minderung erhebt, den Kaufpreis bereits bezahlt, so ist ihm das Zuvielgezahlte in vollem Umfange zurückzuerstatten. Demgegenüber kann der Gläubiger, der sich auf § 323 stützt, in Gemässheit des dritten Absatzes dieses § das Zuvielgeleistete nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausfordern.

Abgesehen von der Minderung giebt es zwischen der allgemeinen und speziellen Lehre keine Berührungspunkte. Bezüglich der ersteren greifen noch die §§ 281 und 323 Abs. 2 ein. Nach § 281 kann der Gläubiger, sofern der Schuldner infolge des

Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen. Natürlich bleibt alsdann der Gläubiger auch zur Gegenleistung verpflichtet (§ 323 Abs. 2), diese mindert sich jedoch nach Massgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruches hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Der Käufer anderseits hat noch das hiermit in keinem Zusammenhang stehende Recht auf Wandelung,

§ 14.

Wie verhalten sich nunmehr die allgemeinen Regeln über teilweise Unmöglichkeit zu den speziellen Regeln des Kaufes über qualitativ teilweise Unmöglichkeit? Sind die letzteren für den Kauf die ausschliesslich anwendbaren, oder dürfen neben ihnen die allgemeinen beliebig gebraucht oder wenigstens zur Ergänzung herangezogen werden?

Die Meinungen gehen über diese Frage weit auseinander. Windscheid-Kipp [1]) will die allgemeine Vorschrift des § 323 Abs. 1 angezogen sehen und giebt demgemäss dem Käufer das Recht, statt kaufmässige Wandlung oder Minderung zu verlangen, sich auf die ipso jure eintretende Minderung seiner Leistungspflicht zu berufen, schweigt aber von § 323 Abs. 2. Demgegenüber ist Kisch [2]) der Ansicht, dass, soweit die Regeln der Mängelgewähr Platz greifen, sie die Anwendung der Unmöglichkeitsgrundsätze ausschliessen. Er lehnt damit die Anwendbarkeit des § 323 Abs. 1 ab, ge-

[1]) A. a. O. S. 655.

[2]) A. a. O. S. 194.

währt aber dem Käufer [1]) die Rechte aus § 223 Abs.2. Neumann schliesslich [2]) und Emerich [3]) weisen den speziellen Normen der §§ 459 ff ausschliessliche Geltung zu und lassen die allgemeinen des § 323 in keiner Richtung eingreifen.

Unseres Erachtens nun erledigt sich die Frage für den ersten Absatz des § 323 von selbst. Denn die Thatsache, dass nach dessen Vorschrift die Minderung ipso jure eintritt, verbietet ohne weiteres seine Anwendung neben den Ansprüchen aus § 462, da sonst das dem Käufer als besondere Gunst zugestandene Wahlrecht zwischen Minderung und Wandelung zur Unmöglichkeit gemacht werden würde.

Grössere Schwierigkeiten bereitet die Entscheidung bezüglich des zweiten Abs. des § 323 bzw. des § 281. An sich stände nichts im Wege, dem Käufer dieses Recht neben § 462 zu gewähren, sodass er alsdann drei Rechte, die beiden Ansprüche aus § 462 und den auf Herausgabe des Surrogats nach § 281 (in Verbindung mit § 323 Abs. 2) hätte. Beispiel: Ein für 15 Mark verkauftes Kleidungsstück brennt nach dem Abschlusse des Kaufes vor der Uebergabe an den Käufer, etwa durch Berührung mit einer Cigarre an. Der versicherte Verkäufer erhält als Ersatz von der Versicherungsanstalt 24 Mark ausgezahlt. Angenommen, der § 323 Abs. 2 stände dem Käufer zu, so könnte er 9 Mark von dem Verkäufer herausverlangen, während er selbst gar nichts zu leisten brauchte. Ein vom Standpunkt des Käufers aus nicht

---

[1]) A. a. O. S. 195.

[2]) Vorb. zu §§ 459 ff., ohne nähere Ausführung.

[3]) A. a. O. S. 69, ohne nähere Ausführung.

zu unterschätzender Vorteil! Dass allerdings, wenn ein Ersatzanspruch besteht, die Lage für den Gläubiger nicht immer eine ebenso günstige ist, erhellt schon daraus, dass im § 323 Abs. 2 eine Minderung der Gegenleistung insoweit vorgesehen ist, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruches hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Hat aber das Gesetz dem Käufer den genannten Vorteil gewähren wollen? Wir glauben, es entschieden verneinen zu müssen.

Die §§ 459 ff bilden eine in sich sowohl äusserlich wie inhaltlich abgeschlossene Lehre. Nicht einmal der im allgemeinen Teile übliche Ausdruck Unmöglichkeit der Leistung wird gebraucht, sondern es ist nur die Rede von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sodass, sollen beide Begriffe zusammengestellt werden, es gleichsam einer Motivierung dahin bedarf, dass sie im Grunde dasselbe besagen. Das Gesetz richtet also seine Sprache so ein, als handele es sich um etwas, was mit einer Lehre des allgemeinen Teiles nichts gemein habe.

Aber auch inhaltlich geben die einzelnen Bestimmungen der genannten § bis in die geringsten Kleinigkeiten hinein eine erschöpfende Darstellung der Materie. Dass ergänzungsweise eine allgemeine Vorschrift eingreifen soll, sagt das Gesetz weder ausdrücklich, noch ist dafür aus der Art seiner Ausdrucksweise ein berechtigter Grund zu entnehmen. Kategorisch lautet § 462: »Wegen eines Mangels kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises verlangen.« Dass daneben § 323 Geltung haben sollte, ist gegenüber dieser bestimmten Fassung abzulehnen.

Sodann besteht auch durchaus kein Anlass, die spezielle Norm aus § 323 Abs. 2 ergänzen zu müssen. Eine Lücke, die auf diese Weise auszufüllen wäre, ist nicht da. Der Käufer ist durch § 462 mit Rechten so ausgiebig bedacht worden, dass er den Anspruch auf das Surrogat aus § 323 sehr gut zu entbehren vermag.

Besonders endlich springt die Ausschliesslichkeit der im § 462 für den Käufer niedergelegten Rechte ins Auge, wenn man die Art und Weise, in der das Gesetz, insbesondere bei dem Kauf, seinen Willen kundgiebt, beobachtet. Man vergleiche den § 440. In dessen erstem Absatze heisst es: „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327". Der hierin enthaltene Hinweis auf die allgemeine Lehre ist an sich überflüssig, ihre Heranziehung ist selbstverständlich. Gleichwohl erfolgt er, und zwar nur zur Verständlichung der wenigen in den Absätzen 2 bis 4 des § 440 gemachten Einschränkungen der allgemeinen Bestimmungen. Drückt sich das Gesetz aber mit solcher Deutlichkeit aus — wie viel mehr wäre da mit Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit, bei der alles zu Gunsten des Satzes spricht, dass die spezielle Normierung die allgemeine nach allen Richtungen hin ausschliesst, eine besondere Vorschrift zu erwarten gewesen, welche bezüglich des § 323 Abs. 2 das Gegenteil verfügt hätte.

Wir treten somit der Ansicht Neumann's und Emerich's bei.

§ 15.

Wenn nun auch dem Käufer das praktisch wohl weniger bedeutsame Recht aus § 323 Abs. 2 versagt werden muss, so gelangt man dennoch, ebenso wie für den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit d. L., zu dem Ergebnis, dass der Käufer durch die spezielle Normierung im Vergleiche zu der allgemeinen erheblich günstiger gestellt ist, und zwar wiederum auf Kosten des Verkäufers: das Verkehrsinteresse erheischt es so.

Die Bestimmungen der allgemeinen Lehre verfolgen einen Ausgleich der Interessen beider Parteien, sie sind von dem Gesichtspunkte aus gegeben, dass weder der eine noch der andere an der Unmöglichkeit die Schuld trägt. Daher werden die Kontrahenten gezwungen, gleichsam in den Schaden sich zu teilen, indem der Gläubiger mit dem noch möglichen Teile der Leistung bzw. dem Surrogat, und der Schuldner mit einer entsprechend ermässigten Gegenleistung sich zufrieden geben muss. Die spezielle Normierung hingegen läuft auf eine einseitige Begünstigung des Käufers hinaus. Dass auch der Verkäufer an dem Aufkommen des Mangels schuldlos ist, darauf wird keinerlei Rücksicht genommen: Der Käufer braucht die mangelhafte Ware nicht gegen einen herabgeminderten Kaufpreis hinzunehmen, es steht ihm vielmehr frei, im Wege der Wandelung von dem Kauf ganz Abstand zu nehmen.

§ 16.

Schliesslich sei auch hier noch besonders darauf hingewiesen, dass die spezielle Normierung nur für die qualitativ teilweise Unmöglichkeit massgebend ist, sofern es sich hingegen um quantitativ teilweise Unmöglichkeit handelt, auch beim Kaufe die allge-

meinen Regeln allein entscheidend sind.

Auf grund dieser Feststellung lässt sich ein interessanter Vergleich anstellen. Man erinnere sich des oben angeführten Beispiels von dem fünfstöckigen Wohnhause, dessen oberstes Stockwerk durch Brand vernichtet wird, während die drei unteren Stockwerke so gut wie verschont bleiben. Wir sahen darin quantitativ teilweise Unmöglichkeit. Andererseits nahmen wir, unter der Voraussetzung, dass der Brand nur den Dachstuhl beschädigt hatte, qualitativ teilweise Unmöglichkeit an. Stelle man nunmehr die Rechtsfolgen für den einen und anderen Fall gegenüber. Bei der vorliegenden quantitativ teilweisen Unmöglichkeit ist der Verkäufer gemäss § 323 Abs. 1 gehalten, das Haus, soweit es erhalten ist, zu übergeben, er hat aber das Recht, von dem Käufer den in angemessener Weise geminderten Kaufpreis zu fordern. Bei der vorliegenden qualitativ teilweisen Unmögkeit könnte der Käufer denselben Effekt wie den eben genannten herbeiführen, indem er das Minderungsrecht aus § 462 geltend machte, er braucht sich indes, wenn ihm das Haus mit dem beschädigten Dachstuhl nicht zusagt, auf eine Annahme nicht einzulassen, sondern er vermag durch Berufung auf das Recht der Wandelung den Kauf zur Aufhebung zu bringen, sodass damit auch seine Verpflichtungen erlöschen. In der That ein eigenartiges Ergebnis: Aus dem kleineren Uebel erwächst das grössere Recht, aus dem grösseren Uebel das kleinere Recht.

C.

Nachfolgende verschuldete Unmöglichkeit der Leistung.

§ 17.

Im Allgemeinen gelten folgende Regeln.

Nach den §§ 325 und 280 kann der Gläubiger, sofern die dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, teilweise unmöglich geworden ist, den noch möglichen Teil der Leistung fordern und wegen des unmöglich gewordenen Teiles

1) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Er bleibt aber zur Gegenleistung verpflichtet,

2) vom Vertrage zurücktreten. „Diese Befugnis steht ihm jedoch nur dann zu," wie Planck[1]) mit Recht ausführt, „wenn der Vertrag als ein in der Art teilbarer anzusehen ist, dass es sich sachlich um zwei selbständige Verträge über den möglich gebliebenen und über den unmöglich gewordenen Teil der Leistung handelt,[2])

3) Minderung der Gegenleistung nach Massgabe des § 323 Abs. 1 in dem Verhältnis verlangen, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der ganzen Leistung zu dem Werte des möglich gebliebenen Teiles gestanden haben würde,

4) neben dem möglich gebliebenen Teile nach §§ 281, 323 Herausgabe des als Ersatz Empfangenen

---

[1]) Anm. zu § 325.

[2]) Vgl. demgegenüber Stammler a. a. O. S. 120 ff, Kisch a. a. O. S. 184, Oertmann Anm. zu § 325, Schollmeyer ebenda, Kleineidam a. a. O. S. 147.

oder Abtretung desErsatzanspruches begehren, sofern der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, wogegen der Gläubiger zur Gegenleistung unter entsprechender Herabsetzung derselben verpflichtet ist. (vgl. § 323 Abs. 2.)

Vermag der Gläubiger den Nachweis zu liefern, dass die Teilerfüllung für ihn kein Interesse hat, so wird die teilweise Unmöglichkeit als totale behandelt. Es steht daher dem Gläubiger zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten oder aber die Rechte aus § 323 geltend zu machen, insbesondere nach Abs. 1 desselben, dass der Anspruch auf die Gegenleistung erloschen sei. [1])

§ 18.

Die speziellen Regeln des Kaufes lassen besondere Vorschriften für nachfolgende verschuldete Mangelhaftigkeit vermissen: Der Käufer sieht sich einzig auf die immer wiederkehrenden Rechte der Wandelung und Minderung verwiesen. Eine dürftige Ausstattung gegenüber der Fülle der zum Teil weitgehenden Rechte aus § 323! Diese Dürftigkeit fällt um so eher auf, als die dem Käufer gegebenen Rechte sachlich unter den im § 325 aufgezählten in der Gestalt des Rücktritts- und Minderungsrechtes enthalten sind. Es fragt sich nur, ob es die Absicht des Gesetzes ist, selbst bei Verschulden des Verkäufers den Käufer auf die der Lage der Dinge nach geringfügigen Ansprüche aus § 462 zu beschränken. Man darf wohl unbedenklich die Behauptung aufstellen, dass man sich in direkten Widerspruch mit dem Geiste des

[1]) Vgl. Kisch a. a. O. S. 191.

Gesetzbuches setzen würde, wollte man dies annehmen. Ist es doch ein überall hervortretender Grundgedanke desselben, dass jeder, der schuldhaft Schaden anrichtet, auch dessen Folgen in der Weise zu tragen hat, dass ihm die Verpflichtung zum Schadensersatz auferlegt wird. Selbst der Geisteskranke, der einen Schaden verursacht hat, wird in Gemässheit des § 829 unter Umständen zum Ersatze herangezogen, obwohl ihm infolge seiner Krankheit eine Schuld nicht beigemessen werden kann. Und da sollte der Verkäufer trotz der ihm zur Last zu legenden Schuld frei ausgehen? Man bedenke nur folgenden Fall. Von einem verkauften Tisch wird durch grobfahrlässiges Verhalten des Verkäufers nachträglich die Politur durch Schrammen beschädigt. Es wäre in der That mehr wie ungerecht, wenn dem Käufer kein Mittel an die Hand gegeben würde, mit dessen Hilfe er den Verkäufer zur Beseitigung des Fehlers zwingen oder aber Ersatz des ihm entstehenden Schadens in Geld beanspruchen könnte.

§ 19.

Der zunächst liegende Ausweg, dem Käufer die ihm gebührende Rechtsstellnng gegenüber dem Verschulden des Verkäufers zu verschaffen, wäre ein Zurückgreifen auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Fällt aber die Verletzung einer vertragsmässigen Verpflichtung, worauf es für uns allein ankommt, in den Bereich der unerlaubten Handlungen im Sinne des 25. Titels?

Die Frage ist äusserst bestritten. Bezüglich des § 823 Abs. 1 wird sie allgemein verneint, sofern die schädigende Handlung von dem Schuldner selbst aus-

gegangen ist. [1]) Wir verneinen sie ebenfalls, denn mit Recht heisst es bei Matthiass a. a. O. S. 710, dass eine Verletzung der rechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner als solcher nicht gedacht werden kann.

Aus dem gleichen Grunde lehnen wir, ebenso wie u. a. Oertmann, Neumann [2]) und Matthiass auch die allerdings von Vielen, u. a. von Windscheid-Kipp und Liszt vertretene Ansicht ab, dass das schuldhafte Eingreifen eines Dritten in ein bestehendes, obligatorisches Recht den Thatbestand des Abs. 1 erfülle.

Zuzugeben ist andererseits, dass, wenn abgesehen von dem Vertragsverhältnis die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 gegeben sind, z. B. der Leiher die geliehene Sache beschädigt, der Gläubiger neben dem Vertragsanspruch einen Anspruch wegen der unerlaubten Handlung hat. [3]) Dies trifft aber für unseren Fall nicht zu; wir können uns daher dahin zusammenfassen, dass dem Käufer untergebens gegenüber dem Verkäufer auf grund des § 823 Abs. 1 Rechte nicht zustehen.

§ 823 Abs. 2 legt demjenigen eine Schadensersatzpflicht auf, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Was unter Schutzgesetz zu verstehen sei, ob insbesondere privatrechtliche Vorschriften als solche gelten können, darüber besteht lebhafter Streit. Wir nehmen mit Cosack [4])

---

[1]) Vgl. u. a. Staudinger, Einl. zu § 323 ff. III., Windscheid-Kipp, a. a. O. . 887.

[2]) Kommentare.

[3]) So u. a. Dernburg, Liszt, dagegen Endemann.

[4]) a. a. O. S. 599.

an, dass Schutzgesetze die Gesetze des öffentlichen Rechts sind, welche irgend eine Handlung unter Androhung einer Strafe oder polizeilichen Zwanges gebieten oder verbieten. Dass sich der Verkäufer gegen ein derartiges Gesetz vergangen hat, ist selbstverständlich ausgeschlossen. [1]) Uebrigens versagt der Abs. 2 auch vom Standpunkte derjenigen aus, welche, wie u. a. Matthiass und Neumann, privatrechtliche Vorschriften unter die Schutzgesetze zählen, es handelt sich alsdann um Vorschriften wie z. B. §§ 226, 618.

§ 826 endlich sagt: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet." Aus dieser Bestimmung könnte der Käufer einen Ersatzanspruch herleiten. [2]) Dass aber, wenn man auch den § 826 für zutreffend hält, die Stellung des Käufers eine bessere, gesicherte würde, lässt zich schwerlich behaupten. Denn äusserst selten wohl kommt es vor, dass ein Verkäufer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise die verkaufte Sache beschädigt in der ausgesprochenen Absicht, dem Käufer Schaden zu bereiten. Man dürfte billig an dem Verstande eines solchen Verkäufers zweifeln.

Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sind damit erschöpft. Sie bieten dem Käufer keine annehmbare Hülfe. Es bleibt daher nichts anderes

---

[1]) Vgl. andererseits auch Cosack, a. a. O. S. 599 2 b.

[2]) Vgl. u. a. Neumann, Anm. zu § 823 Abs. 1. V 2 c, Oertmann, Anm. zu § 826, andererseits u. a. auch Dernburg a. a. O. II. 1. S. 138, der ebenso wie Liszt davon ausgeht, dass im Sinne des B.G.B. die vorsätzliche wie fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten nicht als unerlaubte Handlung im Sinne des 25. Titels gilt.

übrig, da es von dem Gesetze zweifelsohne nicht gewollt ist, dem Käufer den Schadensersatzanspruch zu entziehen, als auf die allgemeinen Normen über teilweise Unmöglichkeit zurückzugehen.

Bezüglich der nachfolgenden unverschuldeten Unmöglichkeit kamen wir zu dem berechtigten Schlusse, dass ein Bedürfnis, die speziellen Normen durch die allgemeinen zu ergänzen, nicht vorliege, weil die spezielle Normierung eine Lücke nicht offen lässt. Hier aber macht sich mit Rücksicht auf das Verschulden des Verkäufers eine äusserst empfindliche Lücke bemerkbar, die dem Geiste des Gesetzes entsprechend ausgefüllt werden muss und nur ausgefüllt werden kann durch Heranziehung der allgemeinen Unmöglichkeitslehre.[1])

§ 20.

Der demnach dem Käufer zu gewährende Anspruch auf Schadensersatz (aus § 325) richtet sich, wie früher schon angedeutet wurde, in erster Linie auf Schadensbeseitigung, in zweiter Linie auf Ersatz in Geld. Das erstere, die Schadensbeseitigung, kann aber nur verlangt werden, wenn der Mangel behebbar ist, während sonst die Geldentschädigung das alleinige Recht des Käufers bildet. Grade mit Bezug auf diesen Punkt ist

[1]) Anders liegt der Fall, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache den Kaufgegenstand bildet und die übergebene mangelhafte Sache vor der Uebergabe durch ein Verschulden des Verkäufers den Mangel erlitten hat. Hier auf die allgemeinen Bestimmungen zur Gewinnung irgend eines Schadensersatzanspruches zurückzugreifen, liegt ein Bedürfnis nicht vor, der dem Käufer gemäss § 480 statt der Wandelung und Minderung zustehende Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache deckt ersteren vollauf. Allgemein lässt sich somit sagen, dass bezüglich der nur der Gattung nach bestimmten Sachen die spezielle Normierung des § 480 eine ausschliessliche, in keiner Weise ergänzungsbedürftige ist.

die im allgemeinen Teile der Abhandlung erörterte Frage, dass auch bei Behebbarkeit des Mangels Unmöglichkeit anzunehmen ist, von erheblicher Wichtigkeit. Allgemein vertreten ist nämlich die gegenteilige Ansicht, dass Unmöglichkeit nur dann vorliege, wenn der Mangel unbehebbar sei.[1]) Zu welchen unbefriedigenden Konsequenzen sie veranlasst, lehrt folgendes Beispiel, Von einem verkauften Glasschrank wird durch grobfahrlässiges Benehmen des Verkäufers eine Scheibe zertrümmert. Der Verkäufer, der sich gutwillig zu einer Ausbesserung nicht versteht, verweist den Käufer auf die ihm nach § 462 zustehenden Rechte. Trotz des Verschuldens des Verkäufers vermöchte dieser also nur zu wandeln oder zu mindern, aber weder eine Beseitigung des Schadens in natura noch auch eine Entschädigung in Geld zu beanspruchen: Der Fehler ist ja behebbar, die Leistung somit eine mögliche, was wiederum zur Folge hat, dass die allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit nicht angewandt werden dürfen.

Wir brauchen nicht hervorzuheben, dass die gegnerische Ansicht, wenn auch vielleicht logisch richtiger, den praktischen Bedürfnissen wenig Rechnung trägt.

§ 21.

Wir knüpfen wieder an den Schlusssatz des § 19 an, demzufolge die Ergänzung der speziellen Normen über die Mängelgewähr durch die allgemeinen des § 325 sich als notwendig erwies, und fragen, wie diese Ergänzung geschehen soll. Das einfachste wäre, den Schadensersatzanspruch aus § 325 herauszunehmen und ihn neben dem Wandelungs- und Minderungsrecht aus § 462 dem Käufer zur Seite zu stellen, ihm hingegen

[1]) Vgl. u. a. Schollmeyer Anm. zu § 325, Kisch a. a. O. S. 193.

die übrigen in § 325 enthaltenen Rechte zu versagen. Dies aber erscheint einerseits als eine grosse Willkür, denn es liegt durchaus kein Grund vor, nur das eine Recht auszuscheiden, über die anderen hingegen hinwegzusehen, wo doch die Voraussetzungen des § 325 sämtlich erfüllt sind und die Notwendigkeit, diesen § anzuziehen, anerkannt ist. Andererseits ist ein derartiges Verfahren von dem Gesichtspunkte aus zu missbilligen, dass bekanntlich, selbst wo ein Verschulden des Verkäufers nicht im Spiele ist, alles bezüglich der Mangelhaftigkeit auf eine einseitige Begünstigung des Käufers hinzielt. Dass man da bei Verschulden des Verkäufers eine möglichst weite Ausdehnung der Rechte des Käufers als im Sinne des Gesetzes liegend nicht von der Hand weisen darf, ist klar.

Eine weitere Möglichkeit wäre, den Käufer auf die Rechte aus § 325 zu beschränken und ihm diejenigen aus § 462 zu verschliessen, da die letzteren inhaltlich sich ja im § 325 wiederfinden. Dass indes auch dieses nicht angeht, wird an einer späteren Stelle zu zeigen sein.

Wir haben daher mit sämtlichen Rechten aus den §§ 325, 462 zu rechnen. [1]) Zur besseren Würdigung der hierdurch gegebenen Stellung des Käufers sollen sie zunächst aufgezählt und in ihrer juristischen Gestaltung, namentlich im Vergleich zu den entsprechenden Rechten des anderen § gekennzeichnet werden, um so die Grundlage für die Untersuchung der Kernfrage zu schaffen, wie beide Gruppen von Rechten aus § 325 und § 462 trotz ihrer vielfach gegensätzlichen Natur nebeneinander wirksam zu werden vermögen.

Ausschliesslich nach § 325 steht dem Käufer der Anspruch auf Schadensersatz zu, ferner das Recht geltend zu machen, der Anspruch auf die Gegenleis-

[1]) Ebenso Neumann, Vorb. zu §§ 459 ff., Windscheid-Kipp a. a. O. S. 655, Emerich a. a. O. S. 69, vgl. andererseits Kisch a. O. S. 194.

tung sei erloschen, sowie die Herausgabe des stellvertretenden Commodums zu fordern.

Was dagegen das Minderungs- und Rücktrittsrecht aus § 325 anbetrifft, so giebt es beim Kaufe in dem Anspruche auf Wandelung und Minderung ein Entsprechendes. Auf das Rücktrittsrecht aus § 325 finden gemäss § 327 die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 Anwendung. Das Gleiche gilt von der Wandlung, vorbehaltlich der im § 8 der Abhandlung gemachten drei Ausnahmen. Insbesondere ist zu erwähnen, dass das Rücktrittsrecht aus § 325 durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Berechtigten ausgeübt wird, während die Wandelung vertragsmässig zustande kommt. Zudem kann der Käufer von dem Rücktrittsrechte aus § 325 nur Gebrauch machen, wenn er den Nachweis erbringt, dass die Teilerfüllung, d. h. die Lieferung der Sache in mangelhaftem Zustande, für ihn kein Interesse hat, denn ein teilweiser Rücktritt ist schlechterdings nicht angebracht. Bei Geltendmachung der Wandelung aber ist der Käufer in der Lage, stets den ganzen Vertrag rückgängig zu machen, ohne dass ihm ein derartiger Beweis obliegt.

Hinsichtlich der Minderung aus § 325 ist zu bemerken, dass sie selbstverständlich nicht ipso jure wie in dem Falle der nachfolgenden unverschuldeten Unmöglichkeit Platz greifen kann, ebensowenig wie das Erlöschen der Gegenleistung, da sonst für die übrigen im § 325 aufgeführten Rechte kein Raum bliebe. Es bedarf vielmehr einer einseitigen Erklärung des Käufers, um die genannten Rechte — aber auch sofort — wirksam werden zu lassen, [1])

[1]) Vgl. u. a. Schollmeyer, Anm. zu § 325.

während bekanntlich die Minderung aus § 462 erst durch Vollzug des Wahlvertrages herbeigeführt wird. Auch sei noch darauf aufmerksam gemacht, dass der Käufer mit der Minderungsklage den zuvielgezahlten Kaufpreis in vollem Umfange, dagegen im Falle der §§ 325, 323 nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen kann.

Wie zwischen den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung bis zum Abschlusse des darauf gerichteten Vertrages, so hat der Käufer auch zwischen den einzelnen Rechten aus § 325 freie Wahl. Wie lange kann er sie ausüben? Bezüglich des Rücktrittes tritt gemäss § 349 mit Abgabe der einseitigen Erklärung Unwiderruflichkeit ein. Für die übrigen Rechte fehlt es an einer bestimmten Vorschrift. Man wird sich jedoch mit Planck[1]) für die analoge Anwendung des § 263 Abs. 1 entscheiden dürfen, wonach die Wahl durch die Erklärung gegenüber demjenigen, dessen Leistung unmöglich geworden ist, als unwiderruflich vollzogen anzusehen ist. [2]) Mit der Unwiderruflichkeit aber ist das Wahlrecht erloschen. Etwa neben dem Rechte, an das man gebunden ist, noch ein zweites anwenden zu wollen, geht nicht an, weil das eine inhaltlich das andere ausschliesst.

Zu beweisen hat der Käufer bei Anziehung des § 325 die teilweise Unmöglichkeit der Leistung (unter Umständen auch das mangelnde Interesse an der Teilerfüllung). Für das Verschulden des Verkäufers braucht er den Nachweis nicht zu liefern.

---

[1]) Anm. zu § 325.

[2]) Aehnlich Oertmann, Anm. zu § 325, andere u. a. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 309, Schollmeyer, Anm. zu § 325, Kisch a. a. O. S. 149, Kleineidam a. a. O. S. 105.

Nach der massgebenden Regel des § 282, derzufolge die Beweislast den Schuldner trifft, wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, ist es Sache des letzeren, seine Schuldlosigkeit darzuthun. [1])

Unterliegen die Ansprüche auf Wandlung und Minderung einer kurzen Verjährung, so gilt für die Rechte aus § 325 folgendes: Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt mit der Forderungsklage, [2]) nur solange wie diese kann auch das Recht aus § 323 Abs. 2 geltend werden. [3]) Das Rücktrittsrecht und die Rechte aus § 323 Abs. 1 können ohne Zeitgrenze gebraucht werden, sofern nicht ersteres durch die Setzung einer Ausschlussfrist gemäss § 355 verloren gegangen ist.

Nunmehr lässt sich auch die oben gegebene Entscheidung begründen, dass dem Käufer die Rechte aus § 462 nicht genommen werden dürfen, um ihn auf diejenigen, die Wandelung und Minderung sachlich in sich schliessenden, aus § 325 zu beschränken. Es treten nämlich zu mannigfache Verschiedenheiten auf. Auf grund des § 325 bzw. 323 Abs. 3 erhält der mindernde Käufer den zuvielgezahlten Kaufpreis nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurück, bei Anwendung der Regeln des Kaufes aber unter allen Umständen ganz. Nach § 325 den Rücktritt zu erklären, hat vom Standpunkte des Käufers nur Sinn, wenn er das mangelnde Interesse an der Teilerfüllung nachzuweisen vermag, die Wandelung hingegen bezieht sich stets auf den ganzen Vertrag. Der Rücktritt

[1]) Vgl. u. a. Staudinger Anm. zu § 325.

[2]) Vgl. u. a. Matthiass a. a. O. S. 379.

[3]) Vgl. u. a. Kisch a. a. O. S. 213.

des allgemeinen Teiles kann nicht ausgeübt werden (§ 352), wenn die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet ist, während das Wandelungsrecht hiervon unbeeinflusst bleibt.

Es erhellt, dass die sich in der speziellen Normierung zeigenden Begünstigungen des Käufers, die ihm schon ohne Verschulden auf seiten des Verkäufers zugebilligt werden, gegenüber dessen Verschulden ihm nicht entzogen werden dürfen.[1])

§ 22.

Wenn nun sämtliche Rechte aus § 325 und § 462 in Betracht kommen, so erhebt sich die Frage, wie diese Rechte sich zu einander verhalten, ob es insbesondere dem Käufer gestattet ist, wenn er ein Recht aus § 325 geltend macht, daneben einen Anspruch aus § 462 zu erheben, und umgekehrt.

Einfach ist die Lösung, wenn der Käufer ein Recht aus § 325 wählt. Alsdann ist mit der daraufbezüglichen einseitigen Erklärung ein Zurückgehen auf die Ansprüche aus § 462 ebenso ausgeschlossen, wie auf die übrigen Rechte aus § 325: mit der einseitigen Erklärung ist ja Unwiderruflichkeit verknüpft. Schwieriger wird die Entscheidung, wenn der Käufer dem Verkäufer einen Antrag auf Abschluss eines Vertrages zwecks Minderung oder Wandlung macht. Sie wird richtig dahin lauten, dass das Wahlrecht des Käufers zwischen § 325 und 462 ruht, solange in Gemässheit der §§ 146 ff die Antragsgebundenheit anhält. Erfolgt der Abschluss des Vertrages, so

[1]) Vgl. indes zu Vorstehendem: Kisch a. a. O. S. 194, 195, wo es heisst, dass untergebens der Rücktritt bzw. die Minderung aus §§ 325, 323 nach den besonderen Bestimmungen beim Kauf zu erfolgen habe.

ist damit eine dauernde Bindung eingetreten, und die Ausübung der Rechte aus § 325 ist ebenso wenig mehr möglich, wie die Benutzung des zweiten Anspruches ans § 462. Hört aber die Antragsgebundenheit dadurch auf, dass der Verkäufer den Antrag nicht rechtzeitig annimmt, oder ablehnt, oder war es zur Antragsgebundenheit nicht gekommen, weil der Käufer sich deren Ausschluss ausdrücklich ausbedungen hatte, so hat der Käufer volle Freiheit: nach Belieben kann er zwischen den Rechten aus § 325 und denen aus § 462 wählen, bis in dem gedachten Sinn eine endgültige Bindung zustande kommt.

Wir scheiden hierbei streng zwischen den Anspüchen auf Wandelung und Minderung und den entsprechenden Rechten aus § 325. In der Wirklichkeit indessen wird diese Scheidung schwer fallen. Wenn z. B. der Käufer dem Verkäufer erklärt, er wolle mindern, so fragt sich, als was diese Erklärung zu gelten habe. Es kann darin einerseits ein Antrag auf Abschluss eines Vertrages gemäss § 465 gefunden werden, sodass der Verkäufer zur Herbeiführung der Minderung noch anzunehmen hätte, andererseits aber auch eine einseitige Erklärung gemäss § 323 Absatz 1, sodass mit ihr die Minderung schon Thatsache geworden wäre. Dass der Käufer zur Vermeidung jeglichen Irrtums eigens darauf hinweise, ob er den § 462 oder § 325 angewandt wissen wolle, kann ihm als Laien im Ernste nicht zugemutet werden. Man wird vielmehr sagen müssen:

Im Zweifel d. h., solange nicht zum Ausdruck gekommen ist, dass der Käufer eine einseitige Erklärung im Sinne des § 325 hat abgeben wollen, ist jede Äusserung desselben, er wolle mindern, als ein Antrag zum Abschlusse des Minderungsvertrages aufzufassen.

Die spezielle Normierung, besonders gegeben für den Fall der Mangelhaftigkeit, ist immerhin diejenige, die als zuerst in Betracht kommend herangezogen werden muss. Solange daher die Antragsgebundenheit dauert, ruht das Wahlrecht des Käufers, welches endgültig erlischt mit dem Abschlusse des Vertrages, während, sobald die Gebundenheit aufhört, das Wahlrecht von neuem auflebt, der Käufer also wieder auf den Schadensersatzanspruch, auf die andern Rechte aus § 325, sowie auf das Wandlungsrecht sich stützen darf. Will er sich aber auf § 325 berufen und selbständig durch einseitige Erklärung ohne Mitwirkung des Verkäufers den Zustand der Minderung herbeiführen, so ist erforderlich, diese seine Meinung auf die eine oder andere Weise klar erkennen zu lassen.

Sicherlich wird der Käufer den Weg, den ihm § 325 zur Erwirkung der Minderung gewährt, als den bequemeren regelmässig vorziehen, ist er doch von der Gunst des Verkäufers, von dessen Belieben die Annahme des Minderungsantrages abhängt, befreit. Gleichwohl ist ihm mit dem Vorteil, den ihm § 325 bietet, nicht gedient, wenn er den Kaufpreis schon bezahlt hat. Er ist alsdann bei der Klage auf Herausgabe des Zuvielgezahlten der Entgegnung des Verkäufers ausgesetzt, eine Bereicherung seinerseits liege nicht mehr vor, welchen Einwand er bei Anwendung der speziellen Normen nicht zu fürchten braucht.

Hiermit wirft sich von selbst eine neue Frage auf: Kann der Käufer, wenn ihm der gedachte Einwand entgegengehalten wird, trotz seiner einseitigen zugestandenermassen auf grund des § 325 bzw. 323 abgegebenen und demgemäss unwiderruflichen Erklärung zu dem analogen Anspruch aus § 462 greifen, um zunächst, sofern der Verkäufer nicht gutwillig ist,

dessen Einverständnis in die Minderung im Prozesswege zu erzwingen und auf der so gewonnenen Grundlage das Zuvielgezahlte ohne Rücksicht darauf, ob der Verkäufer noch bereichert ist oder nicht, herauszufordern? Ganz gewiss. Denn die allgemeinen Regeln werden dem Käufer nicht zuerkannt, um seine Stellung zu verschlechtern, sondern der Zweck ist — im Hinblick auf das schuldhafte Verhalten des Verkäufers — sie zu verbessern. Eine Verschlechterung seiner Lage aber wäre es, den Käufer auf den Bereicherungsanspruch beschränken zu wollen.

Giebt man damit zu, dass der Käufer durch seine einseitige Erklärung insofern nicht gebunden wird, als ihm erlaubt sein muss, die speziellen Normen betreffend die Minderung zu Hilfe zu nehmen, so erhebt sich der Zweifel, ob nicht sein Wahlrecht überhaupt wieder wirksam geworden ist, sodass er nach Gutdünken den Anspruch auf Schadensersatz oder auf Wandelung oder ein sonstiges ihm unter den gegebenen Voraussetzungen zu Gebote stehendes Recht ausüben könnte. Eine derartige Schlussfolgerung schiesst selbstverständlich über das Ziel. Steht fest, dass die Erklärung über die Minderung nicht als Antrag im Sinne des § 465 anzusehen ist, sondern als einseitige Erklärung im Sinne des § 325, so ist das Wahlrecht des Käufers erloschen, er muss nunmehr bei der Minderung beharren, allerdings in der Gestalt, die sie auf grund der Ergänzung durch die spezielle Norm erhält.

Gerät aber der Verkäufer nicht in eine gefährliche Lage, da er ja nicht immer weiss, ob in der Aeusserung des Käufers eine einseitige Erklärung gemäss § 325 zu erblicken ist, oder ein Antrag gemäss

§ 465, sodass er letzteren Falls nach eventuellem Wegfall der Antragsgebundenheit mit dem neuen Erwachen des Wahlrechtes die Geldendmachung jedes anderen dem Käufer zuständigen Rechtes besorgen muss? Die hierdurch hervorgerufene unsichere Stellung des Verkäufers liesse sich schwerlich mit dem die Regeln des Kaufes beherrschenden Verkehrsinteresse in Einklang bringen. Es kann ja sein, dass er die Ware dem Käufer gern zu dem ermässigten Preise überliesse, so aber, wo nicht bestimmt ist, dass die einseitige endgültig bindende Erklärung aus § 325 gemeint ist, schwebt er in Furcht, nachträglich noch aus dem Schadensersatzanspruch belangt zu werden. Indessen, dieser Gefahr vermag der Verkäufer selbst vorzubeugen. Er braucht nur, sobald irgend eine Aeusserung seitens des Käufers an ihn gelangt, die auf Minderung hinzielt, sein Einverständnis in die Minderung dem Käufer gegenüber auszudrücken, und seine Stellung ist gefestigt. Denn hatte der Käufer eine einseitige Erklärung aus § 325 abgegeben und damit sich das Wahlrecht abgeschnitten, so schadet ihm die Annahme nicht, war aber die Erklärung ein Antrag gemäss § 465, so ist durch die Annahme der Minderungsvertrag zum Abschluss gekommen und auf diese Weise die Bindung des Käufers erreicht.

§ 23.

Fortsetzung.

Die im vorigen § für die Minderung aufgestellten Sätze finden auf das Verhältnis des Rücktrittsrechtes aus § 325 zu dem Anspruch auf Wandelung aus § 462 entsprechende Anwendung, nur dass bezüglich des ersteren wohl nur der Fall in Betracht kommt, dass

die Teilerfüllung für den Käufer ohne Interesse ist. Eine Besonderheit sei hervorgehoben: Setzt der Verkäufer dem Käufer eine Frist, innerhalb welcher er sich für die Aufhebung des Vertrages entschliessen solle, so hat durch fruchtloses Verstreichenlassen derselben nach § 466 der Käufer seinen Anspruch auf Wandelung nicht eingebüsst, wenn er dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache nicht behauptet hatte. Ist ihm aber nicht das Rücktrittsrecht aus § 325 verloren gegangen? Denn bekanntlich kann nach § 355 dem Rücktrittsberechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung des Rücktritts eine angemessene Frist gesetzt werden mit der Wirkung, dass das Recht zum Rücktritt erlischt, wenn er nicht vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird. Wir bejahen die Frage, wenn der Käufer von dem Verschulden des Verkäufers wusste, und verneinen sie, wenn er nicht davon wusste. Denn schlechterdings kann er ein Recht, von dessen Grund und Existenz ihm keine Kenntnis war, durch ahnungsloses Stillschweigen nicht verscherzen.

Natürlich wird, um auch diesen Punkt zu berühren, der Käufer bei der ihm gestatteten Wahl die Anwendung der speziellen Norm über die Wandelung vorziehen, wenn er glaubt, dass ihm der Nachweis des mangelnden Interesses an der Teilerfüllung nicht gelingen werde. Sodann ist er auf § 462 allein angewiesen, sofern sich der Mangel erst bei der Umgestaltung oder Umarbeitung gezeigt hat, sowie wenn infolge der Setzung einer Frist gemäss § 355 das Rücktrittsrecht aus § 325 ausgeschlossen worden ist; anderenfalls gewährt ihm das letztere grösseren Vorteil, da er alsdann einseitig ohne Mitwirkung des

Verkäufers die Aufhebung des Kaufes herbeizuführen vermag.

Die verwickelten Rechtsverhältnisse, die durch das Nebeneinanderbestehen der Ansprüche auf Wandelung und Minderung einerseits und der analogen Rechte des allgemeinen Teiles anderseits veranlasst werden, klären sich, sobald die für die erstgenannten Ansprüche bestimmte kurze Verjährungsfrist verstrichen ist, ohne dass der Käufer sie geltend gemacht hat. In der Folge sieht dieser sich auf die Rechte aus § 325 beschränkt, soweit er nicht auch sie schon verwirkt hat.

§ 24.

Fortsetzung.

Nach § 464 stehen einem Käufer, der eine mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt, die Ansprüche auf Wandelung und Minderung nur zu, wenn er sie sich bei der Annahme vorbehält. Soll diese Regel analog auf die Rechte aus § 325 ausgedehnt werden, m. a. W., soll der Käufer durch vorbehaltlose Annahme ihrer verlustig gehen? Jedenfalls müsste zu der Kenntnis des Mangels die Kenntnis von dem Verschulden des Verkäufers hinzutreten. Aber auch dann darf die analoge Anwendung als Norm nicht geduldet werden. Vielmehr ist, um den Käufer der Rechte aus § 325 zu entäussern, ein Verzicht seinerseits erforderlich. [1]) Ob in der vorbehaltlosen Annahme ein derartiger Verzicht zu erblicken ist, dieses festzustellen muss dem einzelnen Fall überlassen bleiben. Doch soviel lässt sich allgemein sagen: Nimmt der Käufer in Kenntniss des

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. II. S. 655, andererseits Neumann, Vorb. zu §§ 459 ff.

Mangels und des Verschuldens des Verkäufers die Sache vorbehaltlos an, so behält er trotzdem im Zweifel die Rechte aus § 325, vorausgesetzt dass er sie nur wegen des unmöglichen Teiles der Leistung geltend machen will, und andererseits verwirkt er sie im Zweifel, wenn er trotz der erfolgten Annahme auf grund der Behauptung, die Teilerfüllung habe für ihn kein Interesse, die teilweise Unmöglichkeit als total behandeln und daraus die ihm zustehenden Rechte in Anspruch nehmen will, wogegen ihm im Zweifel auch hier wiederum die Rechte bezüglich der teilweisen Unmöglichkeit zuzuerkennen sind.

D.

Die durch eine Handlung des Käufers verursachte Unmöglichkeit der Leistung.

§. 25.[1])

Es kann vorkommen, dass durch ein Ereignis, welches seinen Urheber in der Person des Käufers hat, die verkaufte Sache nach Abschluss des Vertrages einen Mangel erhält. Besteht dieser auch zu der Zeit des Ueberganges der Gefahr, so ist streng genommen dem Wortlaut des § 459 genügt, der Käufer könnte also wandeln oder mindern. Indessen dürfte dieses vom Gesetze nicht gewollt sein. Es springt am deutlichsten ins Auge, wenn man den Fall setzt, dass auf seiten des Käufers der Mangel schuldhaft, sei es durch Fahrlässigkeit oder Vorsatz, herbeigeführt ist. Es wäre in der That unsinnig, trotz des Verschuldens den Käufer noch mit weitgehenden Rechten ausstatten zu wollen.

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. II. S. 655, Neumann, Vorb. zu §§ 459 ff. Emerich a. a. O. S. 69.

Vielmehr hat mit ausschliesslicher Geltung die Regel des § 324 einzugreifen, welche lautet: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung." Danach hat sich der Käufer mit der durch sein eigenes Verschulden mangelhaft gewordenen Sache zu begnügen, gleichwohl aber den vollen Kaufpreis zu entrichten.

Auch dann, wenn ohne Verschulden des Käufers, aber doch durch ihn die Sache mangelhaft wird, und der Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges noch vorhanden ist, ist die allgemeine Unmöglichkeitslehre die allein ausschlaggebende, nicht aber ist die spezielle anwendbar, da bei ihr der Natur der Sache gemäss wohl nur von solchen Mängeln ausgegangen wird, die durch eine Handlung des Verkäufers oder durch sonstige Verhältnisse, die der Einwirkung durch den Käufer entzogen waren, hervorgerufen sind. Die einschlägige Norm der allgemeinen Lehre ist § 323. Nach ihm muss sich der Käufer mit der mangelhaften Sache zufrieden geben (daneben hat er das Recht aus dem zweiten Absatz), der Verkäufer mit dem ipso jure geminderten Kaufpreis, obwohl ihn dafür, dass die Sache mangelhaft geworden ist, nicht der geringste Vorwurf trifft.

3. Abschnitt.

Die durch das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft begründete Unmöglicheit der Leistung.

§ 26.

Wir haben im § 4 der Abhandlung festgestellt, dass bei dem Nichtvorhandensein einer zugesicherten wesentlichen Eigenschaft der verkauften Sache totale Unmöglichkeit, bei dem Nichtvorhandensein einer zugesicherten unwesentlichen Eigenschaft teilweise Unmöglichkeit anzunehmen ist. Die rechtliche Behandlung dieser teilweisen Unmöglichkeit deckt sich mit derjenigen der auf Fehlerhaftigkeit beruhenden teilweisen Unmöglichkeit. Dieser Fall hat somit im 2. Abschnitt seine Erledigung gefunden.

Es erübrigt die Frage, ob die bezeichnete totale Unmöglichkeit den allgemeinen oder speziellen Normen zu unterwerfen ist.

Gegenüber dem bestimmten Wortlaut des zweiten Absatzes des § 459 kann ein Zweifel kaum obwalten. Es heisst daselbst: „Der Verkäufer haftet dafür, dass die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat". Von einer Verschiedenheit der rechtlichen Folgen, je nachdem es sich um eine unwesentliche oder wesentliche Eigenschaft und demgemäss um totale oder teilweise Unmöglichkeit handelt, ist nicht die Rede. Wir müssen daher notwendig den Schluss ziehen, dass

auch die totale Unmöglichkeit, soweit sie durch das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft hervorgerufen ist, in den Geltungsbereich der speziellen Normen fällt. Natürlich bedürfen diese, wofern die zugesicherte wesentliche Eigenschaft nach dem Abschlusse des Kaufvertrages durch ein Verschulden des Verkäufers verschwunden ist, in derselben Weise der Ergänzung durch die allgemeinen Normen, wie es im zweiten Abschnitt für die qualitativ teilweise Unmöglichkeit gezeigt ist, jedoch mit der Massgabe, dass aus der allgemeinen Lehre die für die totale Unmöglichkeit gegebenen Sätze anzuziehen sind. Erwähnt sei noch, dass, wenn ursprünglich bei dem Abschlusse des Vertrages die wesentliche Eigenschaft fehlt oder nachträglich ohne ein Verschulden des Verkäufers wegfällt, es bei den speziellen Normen ausschliesslich sein Bewenden hat.

5. Abschnitt.

Die nach dem Gefahrübergang eintretende Mangelhaftigkeit.

§ 27.

Tritt die Mangelhaftigkeit nach dem Uebergang der Gefahr auf den Käufer ein, so versteht sich nach dem Wortlaut des § 459 von selbst, dass die Mängellehre des Kaufs nicht mehr in Frage kommen kann. Im übrigen ist zu unterscheiden, ob sich der Mangel zu einer Zeit einstellt, zu welcher das Kontraktsverhältnis Verkäufer und Käufer als solche noch verbindet, wie wenn z. B. während des Transports die

verkaufte Sache beschädigt wird (§ 447), oder nicht. Ersterenfalls finden die allgemeinen Unmöglichkeitsgrundsätze Anwendung. Letzterenfalls ist nur ausserkontraktlich eine Haftung des Verkäufers möglich, etwa auf grund des § 823. [1])

[1]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 655.

Berichtigung.

Seite 13 Zeile 5 von oben: liess „qualitativ teilweise statt totale.

Inhalt.

I. Einleitung.

II. Allgemeiner Teil.

1. Fehlerhaftigkeit — Unmöglichkeit d. L. § 1
2. Verhältnis der auf Fehlerhaftigkeit beruhenden qualitativ teilweisen Unmöglichkeit d. L. zur totalen und quantitativ teilweisen Unmöglichkeit d. L. §§ 2—3
3. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft — Unmöglichkeit d. L. § 4
4. Behebbarkeit u. Unbehebbarkeit des Mangels. § 5
5. Objektive und subjektive Unmöglichkeit d. L. § 6
6. Zusammenfassung. § 7

III. Besonderer Teil.

I. Abschnitt.

Regeln des Kaufes. § 8

II. Abschnitt.

A. Ursprüngliche Unmöglichkeit d. L. §§ 9—12
B. Nachfolgende unverschuldete Unmöglichkeit d. L. §§ 13—16
C. Nachfolgende verschuldete Unmöglichkeit d. L. §§ 17—24
D. Die durch eine Handlung des Käufers verursachte Unmöglichkeit d. L. § 25

III. Abschnitt.

Die durch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft begründete Unmöglichkeit d. L. § 26

IV. Abschnitt.

Die nach dem Gefahrübergang eintretende Mangelhaftigkeit. § 27